# DER VERSUCH DES UNTERLASSUNGSDELIKTES

## - Ein Beitrag gegen die Behauptung seiner "Undenkbarkeit" -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

RUDOLF KUBACH
aus Breslau

1968

9525

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0087

# DER VERSUCH DES UNTERLASSUNGSDELIKTES

## - Ein Beitrag gegen die Behauptung seiner "Undenkbarkeit" -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

RUDOLF KUBACH

aus Breslau

1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Karl Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Jürgen Baumann
2. Berichterstatter: Professor Dr. Horst Schröder

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1968

Gedruckt mit Unterstützung des
Kultusministeriums Baden-Württemberg

INHALTSÜBERSICHT


Seite

Literaturverzeichnis
Abkürzungsverzeichnis
Einleitung 1

1. KAPITEL

Die Entwicklung der Lehre vom Unterlassungsversuch bis zu ARMIN KAUFMANN's "Dogmatik der Unterlassungsdelikte"

§ 1 Die Ablehnung des Unterlassungsversuches 3
I) Die hauptsächlichen Schwierigkeiten 3
II) Ablehnung bei den echten Unterlassungsdelikten 5

§ 2 Der "fehlgeschlagene" beendete Versuch 6
I) Bei den echten Unterlassungsdelikten 6
II) Bei den unechten Unterlassungsdelikten 9
III) Die Ansichten KOLLMANN's und ROHDE's 10
IV) Die Problematik der subjektiven Seite 14

§ 3 Der unbeendete Versuch 17
I) Allgemeines 17
II) Bei den unechten Unterlassungsdelikten 21
III) Bei den echten Unterlassungsdelikten 27

§ 4 Die Ansichten MAIHOFER's und GRÜNWALD's 30
I) Die Ansicht MAIHOFER's 30
II) Die Ansicht GRÜNWALD's 35

Seite

## 2. KAPITEL

## Die Lehre ARMIN KAUFMANN's und deren kritische Würdigung


§ 5 Die Ansicht ARMIN KAUFMANN's 42

I) Sein Verständnis der Unterlassung 42
II) Das Umkehrprinzip 48
III) Umkehrprinzip und Versuch 49
IV) Das "Unterlassen des Versuches" 50

§ 6 Zur objektiven Seite - Die Dauerhaftigkeit der Unterlassung 57

I) Unterlassung und fehlende "menschliche" Kausalität 57
II) Kritik seiner weiteren Argumente. Insbesondere die Pflicht zur Vornahme erst der "letztmöglichen" Abwendungshandlung. 60

§ 7 Zur subjektiven Seite - Unterlassungsvorsatz und Verwirklichungswille 65

I) Zur unlöslichen Verbindung von Finalität und realer Kausalität 65
II) Sachliche Einwendungen gegen die Verknüpfung: reale Kausalität-Finalität-Vorsatz 68
III) Ist der "finale Verwirklichungswille" ein wesensnotwendiges Vorsatzelement? 77

§ 8 Die Ausdehnung der Vorsätzlichkeit mit Hilfe des "Quasivorsatzes" und der Unterlassungsversuch 95

I) Problematik 95
II) Der Unterlassungsvorsatz der herrschenden Lehre und die "neuralgischen" Fälle 99

§ 9 Ist der Unterlassungsversuch auch dann möglich, wenn es nicht zum Entschluß im Sinne einer abschließenden Stellungnahme gekommen ist? 108

I) Problematik 108
II) dolus eventualis bei den Schwankenden 109
III) dolus directus oder dolus eventualis bei den Gleichgültigen u.a. 111

§ 10 Das "Umkehrprinzip" und die dogmatischen Folgerungen ARMIN KAUFMANN's 111

I) Allgemeines 112
II) Das Umkehrprinzip und einige "Ableitungen" daraus 112
III) Kritische Einwände 115

Seite

## 3. KAPITEL

Die "Ausführungshandlung" und die Stadien des Unterlassungsversuches 122

§ 11 Die Ausführungshandlung beim unechten Unterlassungsdelikt 123

I) Nichtabwendung - Herbeiführung 123
II) Die Beziehung des Pflichtigen zum Geschehen 125
III) Unterlassung und Wirklichkeit 131

§ 12 Möglichkeit der Abgrenzung von Stadien beim unechten Unterlassungsdelikt 137

I) Unterlassung und Zeitmoment 137
II) Auswirkungen auf die Abgrenzungsmöglichkeit 139
III) Die Bestimmung der Versuchsstadien 141

§ 13 Der Versuch der echten Unterlassungsdelikte 157

I) Echte Unterlassung und Erfolg 157
II) Differenzierende Behandlung nach den einzelnen Arten der echten Unterlassungsdelikte 160

# Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| ALLFELD, Philipp | Lehrbuch des deutschen Strafrechts (begründet von Hugo Meyer), 8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922 (zit.: Meyer-Allfeld) |
| AMBROSIUS, Jürgen | Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, Berlin 1966 |
| ANDROULAKIS, Nikolaos K. | Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München und Berlin 1963 |
| BAALß, Wolfgang | Versuch durch Unterlassung, Diss. Erlangen, 1932 |
| BAR, Ludwig von | Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, Die Schuld nach dem Strafgesetz, Berlin 1907 |
| BAUERMEISTER, Karl-Heinz | Der Versuch des Unterlassungsdelikts, Diss. Leipzig, 1938 |
| BAUMANN, Jürgen | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bielefeld 1966 (zit.: AT) |
| ders., | Grundbegriffe und System des Strafrechts, 2. Aufl., Stuttgart, 1966 |
| ders., | Strafrechtsfälle und Lösungen, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bielefeld 1965 |
| ders., | Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht, in AcP 155, 495 ff |
| ders., | Schuld und Verantwortung, in JZ 1962, 41 ff |
| ders., | Täterschaft und Teilnahme, in JuS 1963, 85 ff |
| BAUMGARTEN, Isidor | Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Stuttgart 1888 |
| BELING, Ernst | Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., Tübingen 1930 |
| BENDER, Karl | Der Versuch bei Unterlassungsdelikten, Diss. Köln, 1930 |

| | |
|---|---|
| BINDING, Karl | Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1890; Bd. II: Schuld, Vorsatz, Irrtum, 2. Aufl., 1. und 2. Teil, Leipzig 1914 - 1916 |
| ders., | Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907 |
| BOCKELMANN, Paul | Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957 |
| ders., | Betrug verübt durch Schweigen, in Festschrift f. Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 437 ff |
| BÖHM, Alexander | Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, in JuS 1961, 177 ff |
| BRUNS, H.-J. | Wann beginnt die Verfolgunsverjährung beim unbewußt fahrlässigen Erfolgsdelikt? in NJW 1958, 1257 ff |
| ENGISCH, Karl | Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin 1930 |
| ders., | Der finale Handlungsbegriff, in Festschrift f. Kohlrausch, Berlin 1944, S. 141 ff |
| ders., | Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, 1. Abhandlung, Heidelberg 1953 |
| ders., | Zur "Natur der Sache" im Strafrecht, in Festschrift f. Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 90 ff |
| ders., | Besprechung von: Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, in JZ 1962, 189 ff |
| EXNER, Franz | Das Wesen der Fahrlässigkeit, Leipzig und Wien 1910 |
| FINGER, August | Strafrecht, in Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung, Teil XII, herausgegeben von Rudolf Stammler, Berlin 1932 |
| FRANK Reinhard | Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931 |

| | |
|---|---|
| FRANK, Reinhard | Vollendung und Versuch, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. V, 1908 |
| GALLAS, Wilhelm | Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in ZStW 67, 1 ff |
| GERLAND, Heinrich | Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1932 |
| GERMANN, Oskar | Vorsatzprobleme in SchwZStr 77 (1961) S. 345 ff |
| GLASER, Julius | Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Bd. I, Wien 1858 |
| ders., | Wann ist eine strafbare Unterlassung als vollendet anzusehen?, in GS 34, 146 ff |
| GLASER, Stefan | Der Versuch des Unterlassungsdeliktes, in MschrKrimPsych. 28 (1935) S. 254 ff |
| GRÜNWALD, Gerald | Das unechte Unterlassungsdelikt, Göttinger Dissertation (ungedr.) 1957 |
| ders., | Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, in JZ 1959, 46 ff |
| ders., | Besprechung von: N.K. Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, in JZ 1965, 654 f |
| ders., | Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, in Festschrift f. Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 281 ff |
| FISCHNER, Hugo | Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt, Bd. I, Bonn 1881 |
| HALL, Karl-Alfred | Über die Leichtfertigkeit - Ein Vorschlag de lege ferenda, in Festschrift f. Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 229 ff |
| ders., | Über Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in Erinnerungsgabe f. Max Grünhut, Marburg 1965, S. 213 ff |
| HARDWIG, Werner | Die Zurechnung, Hamburg 1957 |

| | |
|---|---|
| HARDWIG, Werner | Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, in ZStW 74, 27 ff |
| HIPPEL, Robert von | Deutsches Strafrecht, Bd. II, Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930 |
| JESCHECK, Hans-Heinrich | Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, in Festschrift f. Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 139 ff |
| ders., | Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, in Festschrift f. Erik Wolf, Frankfurt 1962, S. 473 ff |
| KATSANTONIS, Alexander | Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht. Ein Versuch, in ZStW 72, 351 ff |
| KAUFMANN, Armin | Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954 |
| ders., | Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959 |
| ders., | Unterlassung und Vorsatz, in Festschrift f. Hellmuth v. Weber, Bonn 1963, S. 207 ff |
| ders., | Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, in ZStW 70, 64 ff |
| ders., | Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, in JuS 1961, 173 ff |
| KAUFMANN, Arthur | Das Schuldprinzip. Heidelberger rechtsw. Abhandlungen, Neue Folge, Heft 9, Heidelberg 1961 |
| ders., | Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in Festschrift f. Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 200 ff |
| ders., | Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, in Festschrift f. Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 79 ff |
| KLARENAAR, Franz-Rudolf | Über die Gleichstellung von Handlung und Unterlassung im dt. Strafrecht des 19. Jh. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, Diss. Frankfurt 1948 |

| | |
|---|---|
| KLUG, Ulrich | Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, in Festschrift f. Carl August Emge, Wiesbaden 1960, S. 33 ff |
| KÖHLER, August | Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917 |
| KOLLMANN, Horst | Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 91, Breslau 1908 |
| KRUG, August Otto | Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Leipzig 1854 |
| KUNZ, Herrmann | Gibt es einen Versuch beim echten Unterlassungsdelikt? Diss. Köln 1938 |
| LAMPE, Ernst-Joachim | Ingerenz oder dolus subsequens? in ZStW 72, 93 ff |
| LANDSBERG, Ernst | Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, Freiburg 1890 |
| LISZT, Franz von | Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., Berlin und Leipzig 1919 |
| LOENING, Richard | Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, Bd. 1: Die Zurechnung des Aristoteles, Jena 1903 |
| LÖNNIES, Otward | Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, in NJW 1962, 1951 ff |
| LUDEN, Heinrich | Über den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, Bd. I und II, Göttingen 1836, 1840 |
| MAIHOFER, Werner | Der Versuch der Unterlassung, in GA 1958, 289 ff |
| MAURACH, Reinhard | Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965 (zit.: AT); Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1964 (zit.: BT) |
| MAYER, Hellmuth | Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953 |
| MAYER, Max Ernst | Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1923 |

| | |
|---|---|
| MEYER-BAHLBURG, Hartwig | Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte. Um echte und unechte Unterlassungsdelikte, Diss. Hamburg 1963 |
| MEZGER, Edmund | Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin und München 1949 (zit.: IB) |
| ders., | Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 9. Aufl., München und Berlin 1960; ab 10. Aufl. fortgeführt von Hermann Blei, derzeit 11. Aufl. 1965 (zit.: Mezger-Blei) |
| NAGLER, Johannes | Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, in GS 111, 1 ff |
| ders., | Die Unterlassungsverbrechen, in Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar) Bd. I, 8. Aufl., S. 33 ff (Anhang 2), Berlin 1957 |
| NAUCKE, Wolfgang | Zur Lehre vom strafbaren Betrug, Berlin 1964 |
| NIESE, Werner | Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951 |
| NOWAKOWSKI, Friedrich | Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, in JZ 1958, 335 |
| OEHLER, Dietrich | Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, in NJW 1966, 1633 ff |
| OLSHAUSEN, Justus von | Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; bearbeitet von Lorenz, Freisleben, Niethammer u.a.; 12. Aufl., Berlin 1942-1944 |
| PEPERONI, Sigismund | Der Unterschied zwischen Gebot und Verbot, Diss. München (ungedr.) 1957 |
| PLATZGUMMER, Winfried | Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, Wien 1964 |
| RADBRUCH, Gustav | Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1904 |
| ROHDE, Adolf | Die Natur des echten Unterlassungsdeliktes, Leipziger Dissertation 1913 |
| ROXIN, Claus | Täterschaft und Tatherrschaft. Hamburger Rechtsstudien, Hamburg 1963 |

| | |
|---|---|
| ROXIN, Claus | Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in ZStW 74, 515 ff |
| ders., | Besprechung von: Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, in ZStW 78, 234 ff |
| RUBO, Ernst Traugott | Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1879 |
| RUDOLPHI, Hans-Joachim | Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966 |
| ders., | Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, in MDR 67, 1 ff |
| SAUER, Wilhelm | Grundlagen des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1921 |
| ders., | Das Unterlassungsdelikt. Seine Stellung im Gefährdungs- und im Willensstrafrecht, in GS 114, 279 ff |
| ders., | Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., Berlin 1955 |
| SCHAFFSTEIN, Friedrich | Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 175 ff |
| SCHLOSSMANN, Siegmund | Der Vertrag, Leipzig 1876 |
| SCHMIDHÄUSER, Eberhard | Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen, 1958 |
| ders., | Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, in Festschrift f. Hellmut Mayer, Berlin 1966, S. 317 ff |
| SCHMIDT, Eberhard | Lehrbuch des deutschen Strafrechts (begründet von v. Liszt), 1. Bd., Allgemeiner Teil, 26. Aufl., Berlin und Leipzig 1932 (zit.: v. Liszt-Schmidt) |
| SCHMITT, Rudolf | Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, in JZ 1959, 432 ff |
| SCHRÖDER, Horst | Strafgesetzbuch, Kommentar (begründet von Schönke), 13. Aufl., München und Berlin 1967 (zit.: Schönke-Schröder) |

| | |
|---|---|
| SCHRÖDER, Horst | Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes, in Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 207 ff |
| ders., | Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, in JuS 1962, 41 ff |
| SCHULTZ, Hans | Besprechung von: Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, in SchwZStr. 77 (1961) S. 208 ff |
| SCHWAIBACH, Th. | Zur Lehre von den "echten" Unterlassungsdelikten, in GS 31, 603 ff |
| SEIDL, Alfred | Der Beginn der Straftat, Diss. München 1936 |
| SPANGENBERG | Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, in Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Bd. IV, S. 224 ff |
| SPENDEL, Günter | Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, in ZStW 69, 441 ff |
| STIENEN, Joseph Justus | Fälle einer begrifflichen Unmöglichkeit des Versuches, Diss. München 1912 |
| STÖGER, Fritz | Versuch des untauglichen Täters, Neue Kölner rechtswiss. Abhandlungen, Heft 19, Berlin 1961 |
| STORSBERG, Günther | Der gegenwärtige Umfang der Nothilfepflicht im Strafgesetzbuch, Diss. Göttingen (ungedr.) 1952 |
| STRATENWERTH, Günter | Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", in Recht und Staat, Heft 204, Tübingen 1957 |
| ders., | Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, in ZStW 71, 51 ff |
| ders., | Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, in Festschrift f. Hellmuth v. Weber, Bonn 1963, S. 171 ff |
| STREE, Walter | Teilnahme am Unterlassungsdelikt, in JA 1963, 1 ff |
| THEIßEN, Josef | Veranlassende und nichthindernde Unterlassungen. Unterscheidungsversuch der Begehung durch Unterlassen, Diss. Köln (ungedr.) 1927 |

| | |
|---|---|
| TRÖNDLE, Herbert | Besprechung von: Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, in GA 1961, 91 ff |
| ULSENHEIMER, Klaus | Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonner rechtswiss. Abhandlungen Bd. 65, Bonn 1965 |
| WACHENFELD, Friedrich | Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914 |
| WELZEL, Hans | Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Berlin 1949; 6. Aufl., 1958; 10. Aufl., 1967 (soweit nichts anderes bestimmt, ist nach der 10. Aufl. zitiert; zit.: LB) |
| ders., | Um die finale Handlungslehre, Tübingen 1949 |
| ders., | Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1951 |
| ders., | Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, in Erinnerungsgabe f. Max Grünhut, Marburg 1965, S. 173 ff (als Sonderdruck 1964 erschienen) |
| ders., | Kausalität und Handlung, in ZStW 51, 703 ff |
| ders., | Studien zum System des Strafrechts, in ZStW 58, 491 ff |
| WOLFF, Ernst Amadeus | Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg 1965 |
| ZACHARIÄ, Heinrich Albert | Die Lehre von Versuche der Verbrechen, Bd. I, Göttingen 1836 |

# Abkürzungsverzeichnis

Die hier verwendeten Abkürzungen sind die gebräuchlichen und entsprechen KIRCHNER, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957.

Die folgenden Abkürzungen sind dort nicht genannt:

| | |
|---|---|
| AT | Allgemeiner Teil |
| BT | Besonderer Teil |
| fHL | finale Handlungslehre |
| LB | Lehrbuch |
| SB | Studienbuch |
| SchwZStr | Schweizer Zeitschrift für Strafrecht |
| UD | Unterlassungsdelikt |

## Einleitung

Der Versuch des Unterlassungsdeliktes ist von jeher in der Strafrechtswissenschaft umstritten. Zeiten heftiger Gegensätzlichkeit und relativer Ruhe wechselten dabei ab. So konnte SCHRÖDER [1] 1957 ausführen: "Bei den Unterlassungsdelikten ist heute unstreitig, daß ein Versuch möglich ist beim unechten Unterlassungsdelikt", "... aber auch bei den echten Unterlassungsdelikten ist die Möglichkeit eines Versuches zu bejahen." MAIHOFER veröffentlichte 1958 eine Untersuchung [2] zu dieser Problematik mit dem Ergebnis: "Ein Versuch der Unterlassung ist bei den echten wie bei den unechten Unterlassungsdelikten, jeweils als unbeendeter wie als beendeter Versuch möglich." Diese bejahenden Stellungnahmen setzte GRÜNWALD 1959 mit einem die Versuchsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte behandelnden Aufsatz [3] fort, in dem er sich ebenfalls für alle Versuchsformen ausspricht.

Doch noch in demselben Jahre erschien die Habilitationsschrift ARMIN KAUFMANN's "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte". Darin vertritt er die Ansicht, daß ein Versuch der Unterlassung " u n d e n k b a r " sei. Dem "sogenannten Unterlassungsversuch" sollten "schlechterdings sämtliche Versuchseigenschaften fehlen."

Damit war der Streit neu belebt. Und dies durch eine Schrift, die ENGISCH [4] "eine der bedeutendsten,

---

1) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, 8. Aufl., § 43 V 1

2) in GA 1958, 289 (als Kurzreferat bereits auf der Strafrechtslehrertagung in Kiel 1955 gehalten)

3) in JZ 1959, 46 (bereits in seiner ungedruckten Diss., 1957, S. 82 ff erörtert)

4) in JZ 1962, 189

wenn nicht gar die bedeutendste Monographie der letzten Jahre auf strafrechtsdogmatischem Felde" nennt.

Die vorliegende Arbeit setzt sich daher in ihrem Hauptkapitel mit ARMIN KAUFMANN's Thesen auseinander, die der Schüler WELZEL's streng an der finalistischen Handlungslehre ausgerichtet hat. Hätte nämlich ARMIN KAUFMANN recht, so würden sich nahezu alle bisherigen Ansichten über den Unterlassungsversuch erledigen. [1] Doch wir halten sein methodisches Vorgehen für angreifbar und die gezogenen Konsequenzen für nicht zwingend. Wir wollen daher die anfechtbaren Stellen in ARMIN KAUFMANN's System aufzeigen, denn je mehr es gelingt, seine Erkenntnisse in Zweifel zu ziehen, desto leichter vermag sich eine die Versuchsmöglichkeit bejahende Meinung zu behaupten. Diese wird von der ganz überwiegenden Lehre vertreten, allerdings im einzelnen mit unterschiedlicher Begründung und in der Anerkennung der Versuchsformen verschieden weit gehend. Wir fragen daher zunächst, ob die h.L. grundsätzlich beibehalten werden kann und zweitens, ob sich für ihre dogmatische Behandlung aus ARMIN KAUFMANN's scharfsinniger Analyse der Unterlassungsproblematik Folgerungen ergeben.

Um sowohl ARMIN KAUFMANN's Ansicht als auch die h.L. richtig würdigen zu können, erwies sich ein geschichtlicher Rückblick als notwendig. Er ist im 1. Kapitel dargestellt. Darin zeigen sich einerseits die mannigfachen Schwierigkeiten auf dem Weg zur Bejahung des Unterlassungsversuches und andererseits ergeben sich daraus Argumente für die Auseinandersetzung mit ARMIN KAUFMANN. Selbst seinen Ausführungen verwandte Gedankengänge lassen sich feststellen. Im Schlußkapitel wird dann dargelegt, wie sich die vor allem umstrittene "Ausführungshandlung" begreifen läßt und nach welchen Kriterien die Versuchsstadien abzugrenzen sind.

---

[1] vgl. HARDWIG in ZStW 74, 27

# 1. KAPITEL

## Die Entwicklung der Lehre vom Unterlassungsversuch bis zu ARMIN KAUFMANN's "Dogmatik der Unterlassungsdelikte."

### § 1

### Die Ablehnung des Unterlassungsversuches

I) Die wissenschaftliche [1] Erörterung des Unterlassungsversuches hatte von Anfang an mit den Schwierigkeiten zu kämpfen, die aus einer zu einseitigen Orientierung an dem für das Begehungsdelikt gegebenen Handlungsbegriff und dem Begehungsversuch herrührten.
Das Tun ist nämlich aktive Willensbetätigung durch Vornahme körperlicher Bewegungen und es bewirkt Veränderungen in der Außenwelt, kurz, es ist die sichtbare Kundgabe eines Entschlusses in einem sichtbaren Verhalten. Hier erfolgt die Verwirklichung stufenweise und Stadien lassen sich unterscheiden. Ganz dementsprechend hat man denn auch den Versuch definiert als "eine notwendig von ihrem Anfangspunkt in der Richtung nach der Vollendung fortschreitende B e w e g u n g ". [2]
Er sollte ein "a k t i v e s Wollen" enthalten und nicht nur ein positives [3].
All jene, auf die Begehung abgestellten Kriterien ließen sich nun bei der Unterlassung nicht finden, denn sie sei ja gerade Nichterfüllung einer Handlungspflicht und damit Nichtvornahme einer Handlung. Eine Nicht-

---

1) Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich mit diesem Problem wenig beschäftigt, vgl. RGSt 57, 280; 61, 361; OGHSt 1, 359; BGHSt 16, 160. Sie bejaht den Versuch und behandelt ihn entsprechend dem des Begehungsdeliktes.

2) HÄLSCHNER, System I, S. 203; vgl. besonders SCHWALBACH in GS 31, 604 ff m.w.N.

3) A. ROHDE, Diss., S. 86; siehe dort auch S. 62 ff

erfüllung lasse nämlich keine stufenweise Verwirklichung zu und unmöglich sei auch eine dem Wesen des Versuches (sc. Begehungsversuch) entsprechende Willensbetätigung. Also könne es keinen Anfang des Nichtstuns geben, kein Fortschreiten der verbrecherischen Tätigkeit. Und da die Nichterfüllung nur eines Momentes bedürfe, fehle es an der Dauerhaftigkeit eines rechtswidrigen Verhaltens schlechthin. [1)]

Das äußere Verhalten des Pflichtigen, seine schlichte Untätigkeit (Nichtstun) bzw. sein Anderstun, konnten den Willen zur Nichtvornahme der gebotenen Handlung nicht unmittelbar und nicht notwendig [2)] offenbaren. "Scheinliche Werke" des Unterlassenden, d.h. solche, die äußerlich erkennbar die verbrecherische Absicht "bewiesen" und "außer Zweifel stellten," [3)] waren nicht aufzufinden und so entnahm man den verbrecherischen Willen dem äußeren Sachverhalt. Dies geschah auf folgende Weise: man stellte nach Ablauf einer gewissen Zeit fest, daß der Pflichtige immer noch nicht tätig geworden war und daraus schloß man dann seinen Willen zur Nichtvornahme der gebotenen Handlung. Überwiegend wurde dabei eine genügende Objektivierung mit Eintritt des Zeitpunktes angenommen, ab dem die Handlung nicht mehr nachgeholt werden konnte, also dem Augenblick ihrer letztmöglichen Vornahme. [4)] Erst in diesem sog.

---

1) vgl. ZACHARIÄ, Lehre vom Versuch I, S. 69; LUDEN, Abh. I, S. 468; SCHWALBACH, a.a.O., S. 614; HÄLSCHNER , Dt. Strafrecht I, S. 354; FRANK, VDA, S. 210; STIENEN, Diss., S. 19; M.E. MAYER, AT, S. 348; K. BENDER, Diss., S. 37; BAALß, Diss., S. 48; Eb. SCHMIDT, LB, S. 308; MEZGER, LB, S. 377

2) vgl. ROHDE, a.a.O., S. 82; über die Bedeutung des Andershandelns siehe LUDEN, a.a.O., S. 474 und S. 18 dieser Arbeit.

3) LUDEN, a.a.O., S. 461; KRUG, Versuch, S. 19 ff

4) LUDEN, Abh. I, S. 468; SCHWALBACH in GS 31, 610; FINGER, LB I, S. 316; v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542; M.E. MAYER, LB, S. 348; FRANK, StGB-Komm., § 43 V 1. Schon für den "erstmöglichen" Zeitpunkt aber z.B. ZACHARIÄ, Lehre vom Versuch I, S. 69

"kritischen Zeitpunkt" sollte jene "äußere Erkennbarkeit" gegeben sein, die man als "Grundbedingung aller bürgerlichen Strafe" verlangte. [1]

II) Ablehnung bei den echten UD

Folge dieser Ansicht war die überwiegende [2] Verneinung des Versuches bei den Unterlassungsdelikten, die sich in der bloßen Untätigkeit erschöpfen, zu deren Vollendung also der Eintritt eines Erfolges nicht gehört.
Hierzu rechnete man die echten UD. Sie würden hergestellt "durch die bloße Manifestierung des Ungehorsams." [3] So sagte LUDEN [4]: "Von einem solchen Verbrechen, dessen Vollendung lediglich in der Unterlassung besteht, kann es aber der Natur der Sache nach keinen Versuch geben. Anfang und Vollendung des Verbrechens fallen hier in einem Moment zusammen; denn solange es noch Zeit war zur Erfüllung der Verbindlichkeit, läßt sich von dem Verpflichteten nicht sagen, daß er die Nichterfüllung bereits angefangen habe; hat er aber diese Zeit verstreichen lassen, so ist sogleich die Nichterfüllung vollendet." Eb. SCHMIDT [5] äußerte sich in gleichem Sinne gegen v. LISZT und führte aus: Wer bei einem UD "im kritischen Augenblick nicht handelt, hat sofort das Delikt vollendet." Und mit dieser Überlegung bestritt noch MEZGER [6]

---

1) ZACHARIÄ, Lehre vom Versuch I, S. 67

2) ZACHARIÄ, Lehre vom Versuch, S. 68,69; LUDEN, Abh.I, S. 468; KRUG, Versuch, S. 22; GLASER, Abh. I, S.291; SCHWALBACH in GS 31, 610; BAUMGARTEN, Lehre vom Versuch, S. 435; HÄLSCHNER, Dt. Strafrecht I, S. 354; v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542; M.E. MAYER, AT, S. 348; Eb. SCHMIDT, LB, S. 308; MEZGER, LB, S. 377

3) J. GLASER, Abh. I, S. 291

4) a.a.O., S. 468

5) in LISZT-SCHMIDT, LB, 26. Aufl., S. 308

6) in LB, S. 377 und SB I

die Möglichkeit des Versuches beim echten UD, denn "ist die Strafbarkeit der Unterlassung einmal begründet, so ist das Delikt vollendet."
Diese zeitpünktliche "Ausführung" bei gleichzeitiger Vollendung wurde aber auch von Autoren [1] vertreten, welche die Erkennbarkeit des verbrecherischen Willens nicht erst mit Ablauf der letzten Handlungsmöglichkeit annahmen. So stellt z.B. ZACHARIÄ auf den Zeitpunkt ab, wo erfüllt werden k o n n t e . Mit Versäumen dieses erstmöglichen Zeitpunktes sei das Delikt vollendet. Somit verneint er also trotz noch ausstehender Erfüllungsmöglichkeit Versuch. Das ist wohl so zu verstehen, daß er mit diesem Zeitpunkt die Vollendung des Delikts annimmt und nach Ablauf der Erfüllungsfrist dessen Beendigung. Denn so führt GLASER [2] aus: "Das Omissivdelikt kann nämlich vollendet sein, ohne beendigt zu sein".

## § 2

## Der "fehlgeschlagene" beendete Versuch

### I) Beim echten UD

Einige Autoren, wie z.B. BINDING, FINGER, FRANK und v. LISZT bemühten sich um den Nachweis wenigstens eines fehlgeschlagenen Versuches beim echten UD. Es zeigt sich hier eine erste, verschieden weitgehende Anerkennung der Erfolgsbezogenheit der gebotenen Handlung.
BINDING [3] vertrat , daß die echten Unterlassungen "wirkliche Hinderungen des Eintrittes bestimmter Er-

---

1) ZACHARIÄ, a.a.O., S. 69; J. GLASER, a.a.O., S. 291; vgl. auch MEZGER, LB, S. 377

2) a.a.O., S. 292

3) Grundriß, S. 129 f

folge" seien. Zum Nachweis der Versuchsmöglichkeit bringt er folgendes, besonders gestaltetes Beispiel: Jemand hat Kenntnis von dem Vorhaben eines Verbrechens, will den Bedrohten aber nicht warnen; bei einem zufälligen Zusammentreffen mit diesem verspricht er sich aber und der Bedrohte entgeht so dem Verbrechen. Darin sieht BINDING einen straflosen Versuch. In dem Fehlschlag der Unterlassung nämlich, in der "Erfüllung wider den Willen des Täters" habe sich der verbrecherische Wille des Pflichtigen schon vor dem kritischen Augenblick offenbart. Aber "weil der Täter hier die Ursache zum Eintritt des Erfolges gesetzt habe", sei dies wie ein befreiender Rücktritt anzusehen. Letzterem hat man jedoch mit Recht entgegengehalten, daß es hierfür an der Freiwilligkeit fehle. [1] Doch BINDING scheint es darauf gar nicht anzukommen, er läßt vielmehr entscheidend sein, daß der Erfolg tatsächlich durch den Pflichtigen verhindert worden ist. Zu der Frage, ob auch dann nur Versuch vorläge, wenn ein Dritter den Erfolgseintritt abgewendet hätte, äußert sich BINDING nicht.

Nach FINGER's [2], v. LISZT's [3] und FRANK's [4] ausdrücklichen Stellungnahmen ist die Abwendung des Erfolges dagegen nur Motiv des Gesetzgebers. Müßte aber dann in den Fällen des Fehlschlages nicht sogleich Vollendung gegeben und Versuch ausgeschlossen sein? Man [5] fand die Lösung in der Inkonsequenz der Autoren und unterstellte ihnen, daß sie in Wirklichkeit die Vollendung eben doch erst mit dem Eintritt des Erfolges bejahten. Doch diese Folgerung ist nicht zwingend. Man könnte nämlich auch vertreten, daß die Versuchs-

---

1) vgl. BAUMGARTEN, a.a.O., S. 437; K. BENDER, Diss., S. 48

2) LB I, S. 316

3) LB, 22. Aufl., S. 196

4) VDA, S. 211; StGB-Komm., § 43 V 1

5) K. BENDER, Diss., S. 47, Anm. 2; K.H. BAUERMEISTER, Diss., S. 47

möglichkeit deswegen bejaht worden ist, weil, wegen der anderweitigen Erfüllung, nunmehr im letztmöglichen Augenblick bloß noch eine untaugliche Handlung unterlassen werden konnte.

Abweichend von FINGER und von v. LISZT und unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß er mit diesen nur im Ergebnis übereinstimme, beruft sich FRANK [1] auf eine spezielle Fallgestaltung und führt aus: "Mit Bestimmtheit aber ist der Versuch dann zu bejahen, wenn sich im k r i t i s c h e n A u g e n b l i c k der Verpflichtete weigert, nun aber von anderen zur Erfüllung gezwungen wird. Dieser Fall scheint mir in der Tat der einzig denkbare zu sein."

Dieses Beispiel weist die Besonderheit auf, daß der Pflichtige den Fehlschlag selbst herbeiführt, indem er, wenn auch gezwungen, die gebotene Handlung vornimmt. Damit kommt FRANK in eine gewisse Nähe zu dem Beispielsfall BINDING's. Nach FRANK soll die Weigerung des Pflichtigen, unmittelbar vor der Anwendung des Zwangs im "kritischen Augenblick", den verbrecherischen Willen eindeutig offenbaren. Daraus empfange die Untätigkeit den Stempel der Rechtswidrigkeit. [2] Die Annahme des Versuches läßt sich nun daraus erklären, daß der Pflichtige die Handlung eben doch vorgenommen hat, weshalb Vollendung ausscheiden muß. Andererseits konnte die Erfüllung keinen wirksamen "Rücktritt" darstellen, da sie zwangsweise erfolgt ist und den verbrecherischen Willen fortbestehen ließ. So ist also die in der Weigerung bekundete, noch versuchte Unterlassung, infolge der Zwangserfüllung, sofort fehlgeschlagen. Für Vollendung

---

1) in VDA, S. 211

2) die Rechtswidrigkeit stand für FRANK mit der hinreichenden Objektivation des verbrecherischen Willens fest. Zu diesem Fall BAUMANN, AT, S. 481, der mit der Begründung, "daß der Täter ohnehin das R e c h t hat, erst 'im letzten Augenblick' zu handeln", Versuch verneint.

sprach sich aber unter Bezugnahme auf diesen Fall EB. SCHMIDT [1] aus: "denn wer der Gebotsnorm zuwider im kritischen Augenblick nicht handelt, hat sofort vollendet, wird er jetzt sofort zum Handeln gezwungen, so liegt ein unbeachtliches Nachholen der gebotsmäßigen Handlung vor." [2]

II) Bei den unechten UD

Hier wurde der fehlgeschlagene Versuch allgemein [3] anerkannt. Dabei bezog man sich meist auf folgenden Beispielsfall: Ein Bahnwärter bemerkt auf den Schienen einen Balken. Er beschließt, ihn liegen zu lassen, damit der Zug entgleise. Vor der Ankunft des Zuges wird der Balken jedoch von einem Dritten entfernt. Diese Versuchsmöglichkeit war deshalb unstreitig, weil sich hier Ende der Ausführung und Eintritt des Erfolges voneinander trennen ließen. Schon ZACHARIÄ meinte, daß in allen Fällen, wo der Erfolg "verhindert werden konnte und er, wie der Verpflichtete wohl wußte, bei fortgesetzter Untätigkeit nach einem bekannten Naturgesetz unvermeidlich war, in der absichtlichen Unterlassung ganz unverkennbar eine Richtung des Willens auf die Bewirkung dieses Erfolges" liegt. Wird "derselbe nun doch noch auf irgend eine

---

1) in LISZT-SCHMIDT, LB, 26. Aufl., S. 308. Zustimmend MEZGER, LB, S. 377

2) Wenn K. BENDER, Diss., S. 49 und K.H. BAUERMEISTER, Diss., S. 46 übereinstimmend ausführen, daß nach EB. SCHMIDT das Delikt vollendet sei, wenn der Täter nicht handele, andererseits dem Gebot genügt werde, falls der Täter, wenn auch gezwungen, die Handlung vornehme, dann verstehen sie dieses Zitat falsch.

3) ZACHARIÄ, Lehre vom Versuch I, S. 67; LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 172; FINGER, LB I, S. 316; v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542; FRANK, VDA, S. 210 und StGB-Komm., § 43 V ;; STIENEN, Diss., S. 19; MEYER-ALLFELD, LB, S. 188; v. HIPPEL, Strafrecht II, S. 409; GERLAND, Reichsstrafrecht, S. 176; v. LISZT-SCHMIDT, LB, S. 307; Mezger, LB, S. 377; K. BENDER, Diss., S. 38; K.H. BAUERMEISTER, Diss., S. 51

Art und Weise abgewendet", so kann "sehr wohl von einem Versuch des Verbrechens durch Unterlassung gesprochen werden." Daß dem Erfordernis hinreichender Objektivation des verbrecherischen Willens durch den Fehlschlag genügt wird, hebt z.B. FINGER [1] ausdrücklich hervor.

III) Die Ansichten KOLLMANN's und ROHDE's :

Während für die Mehrzahl der bisher in diesem Paragraphen dargestellten Ansichten der fehlgeschlagene Versuch nur eine der Möglichkeiten des Unterlassungsversuches war, nämlich die Form, welche man relativ früh anerkannte, hielten KOLLMANN und ROHDE überhaupt nur diesen für denkbar.

1) KOLLMANN [2] erfaßt die Unterlassung eigenständig neben der Handlung. Er verbannt sie aus der Welt der Vorstellung in die Welt des Vorgestellten und spricht ihr damit jede Realität ab. Die Unterlassung sei "das U r t e i l des Nichtübereinstimmens des konkreten Verhaltens eines Willensträgers mit einer als relativ-möglich vorgestellten Willensäußerung desselben." [3] Und das Unterlassen sei kommissiv, wenn "mit seiner Hilfe die Notwendigkeit eines Erfolges begründet wird." [4] Doch da Erkenntnisse nicht mit Vorgängen als Grund und Folge notwendig verknüpft sein

---

1) FINGER, a.a.O., S. 316. Man erwähnt immer nur den fehlgeschlagenen Versuch. Wohl deshalb, weil eine Vollendung nur durch den Fehlschlag ausgeschlossen wird. Doch ebenso möglich wäre auch das Stadium des beendeten Versuches nach Verstreichen der letzten Abwendungsmöglichkeit bis zum Eintritt des Erfolges.

2) in StrAbh. 91 (1908) S. 77 ff

3) KOLLMANN, a.a.O., S. 167

4) KOLLMANN, a.a.O., S. 176

könnten, soll das Unterlassen den Erfolgseintritt nicht selbst herbeiführen können. Die Folge sei vielmehr selbst wieder als ein Urteil zu verstehen, mit dem Inhalt: Der Erfolg muß eintreten. [1]
Der Unterschied zur Handlung bestehe demnach in dem "Gegensatz realer und rationaler Begründung des Erfolgseintrittes." [2] Mithin sei zur Erfassung des kommissiven Unterlassens stets ein Doppelschluß erforderlich. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel KOLLMANN's: Der die Situation Beurteilende sagt sich, wenn der Unterlassende den Rettungsring zuwirft, kann das Kind gerettet werden. Erkennt er nun, daß die Handlung, obwohl möglich, nicht vorgenommen wird (negatives Urteil des Unterlassens), so folgt daraus, daß das Kind ertrinken muß (hypothetisches Urteil bezüglich des Erfolges). [3] Dieses kommissive Unterlassen soll mit dem Verursachen (reale Veränderung) einem gemeinsamen Oberbegriff, dem "Eintretenlassen" unterfallen. Letzteres versteht er als "sich so verhalten, daß man direkt oder indirekt mit Hilfe eines hypothetischen Urteils ex ante auf die Notwendigkeit eines Erfolgseintrittes schließen muß." [4] Aus dieser "aufgewiesenen Gleichheit" folgert er die Möglichkeit des Versuches beim kommissiven Unterlassen. Versuch soll also dann gegeben sein, wenn der Schluß des Unterlassenden von der Nichtvornahme der Handlung auf den notwendigen Eintritt des Erfolges f a l s c h war. Zum Beispiel der Unterlassende schließt: wenn ich dem Nichtschwimmer nicht helfe, muß er ertrinken. Er hilft nicht und dennoch wird jener gerettet. [5]
Dieser Unterlassungsversuch, die Entsprechung zum un-

---

1) KOLLMANN, a.a.O., S. 177

2) KOLLMANN, a.a.O., S. 184

3) KOLLMANN, a.a.O., S. 178

4) KOLLMANN, a.a.O., S. 183

5) KOLLMANN, a.a.O., S. 183. Ähnliche Überlegungen findet man bei KAUFMANN, Dogmatik, S. 221 ff unter dem Gesichtspunkt der "Versuchsfähigkeit."

tauglichen bzw. fehlgeschlagenen Begehungsversuch, bleibt für ihn die einzige Versuchsmöglichkeit. [1]

2) ROHDE, der dem Unterlassen ebenfalls jegliche Realität abspricht, [2] geht in seiner Untersuchung der echten UD von KOLLMANNS Ansicht über das Unterlassen aus. Er verwertet aber andererseits auch Gedanken der diametral entgegengesetzten Lehre BINDINGS, der Interferenztheorie. [3] Der Einfluß des letzteren zeigt sich insbesondere in ROHDES Unterscheidung von Nicht- und Zuwiderhandlungen [4] und in der Annahme eines "inneren Prozesses", [5] der für das Verständnis der subjektiven Seite Bedeutung gewinnt. Bei den Zuwiderhandlungen (Handlungen, die positiv die Nichterfüllung erkennen lassen, z.B. die Flucht auf einen Gestellungsbefehl hin) anerkennt er den Versuch wie beim Begehungsdelikt. [6] Für das Nichthandeln (Andershandeln schlechthin und bloße Untätigkeit) hingegen, das für ihn allein das wirkliche Unterlassen ist, nimmt er etwas an, "was man streng logisch nicht Versuch nennen kann", und bezeichnet es als "fehlgeschlagenes Verbrechen." [7] Damit meint er die Fälle, in denen "jedes das gebotene Tun bewirkende Verhalten

---

1) damit stimmt er im Ergebnis völlig mit ARMIN KAUFMANN überein. Für KOLLMANN ist dies aber ein Versuch.

2) ROHDE, Diss., S. 81

3) BINDING, Normen I, S. 43 ff, II, S. 521, 546 ff; in der Unterdrückung der Tätigkeitsreize wurde die "interne Handlung" der Unterlassung gesehen.

4) ROHDE, a.a.O., S. 38, 53, 79 ff

5) ROHDE, a.a.O., S. 69

6) ROHDE, a.a.O., S. 79/80

7) ROHDE, a.a.O., S. 86/87. Während KOLLMANN noch von Versuch gesprochen hatte, schien ihm dieser Begriff aus dogmatischen Erwägungen unzutreffend. Ebenso ja auch KAUFMANN.

bewußt und gewollt unterlassen (worden), trotzdem (aber) der gebotene Erfolg eingetreten" ist.

Jede weitere Anerkennung von Versuchsmöglichkeiten war ROHDE verschlossen. Mangels Realität der Unterlassung ist auch für ihn nur die "irrige Vorstellung" als Unterlassungs"versuch" relevant. Aber auch aus der raumzeitlichen Beziehung [1] der Unterlassung zu einem Geschehen soll sich nichts anderes ergeben, denn während "die Vollendung der Erfüllung der Handlungspflicht einer Zeit bedarf", dauert "die Nichterfüllung nur einen Moment. [2] Die "Ausführungshandlung" der Unterlassung wird also immer nur zeitpünktlich verstanden. Die Zeiträume davor und danach seien für den Versuch ohne Bedeutung. Denn den vor dem gesetzten Zeitpunkt oder der letztmöglichen Handlung liegenden Zeitraum sieht er als "spatium deliberandi" [3] an, wonach es in das Belieben des Pflichtigen gestellt ist, ob er bereits erfüllen will. Der Zeitraum danach betreffe die sich an die Vollendung anschließende Beendigung.
Aber gerade auch für ROHDE ergeben sich die unüberwindbaren Hindernisse für eine Anerkennung des Unterlassungsversuches aus seiner einseitigen Orientierung an Begehungsdogmen. Einen positiven Willen findet er beim Nichtstun in Anlehnung an BINDING in der internen Handlung zur Unterdrückung der Tätigkeitsreize bzw. im Andershandeln. Er hält dieses Wollen mit LANDSBERG [4] immer dann für gegeben, wenn der Unterlassende sich seiner Pflicht bewußt ist. [5]

---

1) ROHDE, a.a.O., S. 83: "Ein Nichtgeschehen kann an sich zeitlos gedacht werden, nicht aber dann, wenn es den Gegensatz bildet zu einem Geschehen; denn dieses verlangt eine Beziehung auf Zeit, Raum, Gegenstand."

2) ROHDE, a.a.O., S. 89

3) ROHDE, a.a.O., S. 84

4) Commissivdelikte, S. 135 ff

5) ROHDE, a.a.O., S. 73 ff (75); 80 f

In diesem "Anderswollen" soll sich der Unterlassungswille darstellen, sein Inhalt daraus aber nur negativ zu erschließen sein. [1] Dieser positive Wille genügt ihm als subjektive Seite der zeitpünktlichen Nichterfüllung. Weil der Wille sich aber nicht in eine fortschreitende Veränderung als "Tatseite" der Unterlassung "umsetzt", soll ihm das dem Versuch entsprechende Wollen fehlen. Nur bei einer derartigen Tatseite sei der Versuch möglich und deshalb "enthält der Versuch ein a k t i v e s Wollen (nicht nur ein positives), es wäre schief, von einem solchen bei einer Nichterfüllung zu sprechen." [2]
Die Annahme eines Unterlassungsversuches scheitert also für ROHDE letztlich daran, daß diesem Versuch sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen nicht eines Versuches schlechthin, sondern eines B e g e h u n g s versuches fehlen. Und da er den Versuch mit dem Begehungsversuch identifiziert, vermag er die eine herausgefundene Entsprechung zum fehlgeschlagenen Begehungsversuch auch nicht V e r s u c h zu nennen. [3]

IV) Die Problematik der subjektiven Seite

Bisher war nahezu ausschließlich nur von Schwierigkeiten die Rede, die sich aus der "äußeren Seite" der Unterlassung ergeben. Hierin wurde allgemein die Problematik des Unterlassungsversuches gesehen. Aber auch die subjektive Tatseite war nicht gänzlich unbestritten. Das hat sich bei ROHDE gezeigt und bevor wir die Möglichkeit weiterer Versuchsformen erörtern, sollen zunächst die Meinungen zur Willensseite dargestellt werden.

---

1) ROHDE, a.a.O., S. 81 ff

2) ROHDE, a.a.O., S. 86

3) Damit stimmt KAUFMANN völlig überein, der sich hierbei auf ROHDE beruft.

1) Von einigen Autoren wurde der Unterlassungswille ganz geleugnet. So führt SCHLOSSMANN [1] aus: "Die Definition des Deliktes als einer H a n d l u n g gab Veranlassung, den W i l l e n zu einem allgemeinen Merkmal des Deliktes zu machen, wobei ... er als Element der Handlung selbst ... verstanden wird. Dieses Merkmal ist nun aber keineswegs bei allen Delikten zutreffend ... . Bei den Omissivdelikten ... wird dem Delinquenten nicht daraus ein Vorwurf gemacht, daß er etwas gewollt, sondern daß er etwas nicht gewollt hat ... ." Und SCHWALBACH [2] schreibt: "Die Unterlassung, also die Nichtveränderung des eigenen Zustandes nach bestimmter Richtung bedarf des causalen Willens [3] nicht und kann nicht gewollt werden." LOENING [4] schließlich meint: "Unterlassungen, das heißt Nichtvorgänge" können nicht willentlich sein, da das "Willentliche" sowohl "auf der Seite des Wollens, der Ursache, wie auf der des Handelns, der Wirkung, wirklich positive Vorgänge" erfordere. Er sucht dann nach einer Gemeinsamkeit von Handeln und Unterlassen unter dem Gesichtspunkt des Willentlichen und schreibt: dies könne nicht ein "wirklicher, inhaltlich bestimmter Willens a k t (sein), sondern der Wille in abstracto, das Willens v e r m ö g e n , das als solches sowohl seine Betätigung wie seine Nichtbetätigung in sich schließt." [5] [6]

2) Von diesen Autoren abgesehen fand man die subjektive

---

1) Vertrag, S. 323

2) in GS 31, 609

3) a.a.O., in der Anm. auf S. 608 will er unter Willen nur "das wirkliche, das heißt wirkende Wollen, also wo äußere Handlungen in Frage stehen," verstanden wissen.

4) Zurechnungslehre, S. 245

5) LOENING, a.a.O., S. 249

6) Die Ausführungen dieser Autoren, besonders die LOENINGS, zeigen Überlegungen, die dann bei KAUFMANN ganz ähnlich wiederkehren. Vgl. auch ANDROULAKIS, Unechte UD, S. 31 f.

Seite nicht problematisch. Denn solange der Unterlassung äußerliche Handlungsmomente zugesprochen wurden, z.B. das Andershandeln [1] oder das vorausgehende Handeln, [2] stand die Willensbetätigung außer Zweifel. Das gilt auch für die Vertreter der Interferenztheorien. [3] In Fortentwicklung ihrer Gedanken hält LANDSBERG [4] sogar "die Unterlassung einer möglichen Körperbewegung stets für gewollt." Prinzip der menschlichen Verantwortung sei der menschliche Wille, dessen man sich weder beliebig noch gelegentlich entäußern könne. M.E. MAYER [5] spricht von "gewollter Untätigkeit" und verlangt, daß sich der "Untätige die Tätigkeit vorgestellt" habe, "denn nur unter dieser Voraussetzung kann das Nichtstun gewollt sein." Und z.B. auch MEZGER [6] schreibt: Der Unterlassende kann die Unterlassung natürlich gewollt haben "und er muß sie gewollt haben, wo die Unterlassung eine vorsätzliche ist."
So bleibt als Ergebnis festzustellen, daß man sich in der großen Mehrheit für einen Unterlassungswillen aussprach bzw. die Möglichkeit bejahte, "zu einem auf Unterlassungen anwendbaren Willensbegriff zu gelangen." [7]

---

1) LUDEN, Abh. I, S. 472 ff (474)

2) z.B. J. GLASER, Abh. I, S. 293 ff

3) vgl. besonders BINDING, Normen I, S. 43 ff, II 521, 546 ff; siehe dazu MEZGER, LB, S. 134 ff.

4) Commissivdelikte, S. 145, 152, 156 und so, wie oben gezeigt, für den "positiven Willen" auch ROHDE.

5) LB, S. 108

6) LB, S. 131

7) RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 134

§ 3

## Der unbeendete Versuch

### I) Allgemeines

Entscheidend für die Anerkennung dieser Versuchsform war die Frage, ob es einen Anfang der Ausführung gibt, der nicht zugleich deren Ende ist. Die Unterlassung durfte also nicht nur als "Gesamtakt" verstanden werden. An die Stelle der Zeitpünktlichkeit mußte die Dauer treten. Und auch der verbrecherische Wille mußte sich entsprechend früher manifestieren.

1) Solange man glaubte, ein Versuch sei nur bei einer Handlung i.S. des positiven Tuns möglich, gab es naturgemäß ganz besondere Schwierigkeiten für die Ansichten, welche in der Unterlassung ein Urteil sahen. "Ex nihilo nihil fit" [1] war die bekannte These, mit welcher der Unterlassung die Kausalität schlechthin abgesprochen wurde. Was sollte sich hier fortschreitend verwirklichen und worin konnte sich der verbrecherische Wille objektivieren? Für diese Ansichten war daher allenfalls ein "Versuch" in der bereits erwähnten Form des "fehlgeschlagenen Verbrechens" denkbar.

Dem rein naturalistisch verstandenen Handlungsbegriff [2] konnte die ein "Urteil", ein "Nichts" darstellende Unterlassung nicht unterfallen. Doch gerade umgekehrt waren andere bestrebt, die Unterlassung so zu begreifen, daß sie diesem obersten Systembegriff Handlung untergeordnet werden konnte. Sie bemühten sich um den Nachweis entsprechender Handlungsmomente und um eine Kausalität der Unterlassung i.S. einer causa efficiens. Hervorzuheben sind dabei die Lösungsversuche über das

---

1) KRUG, Abh., S. 32; siehe dazu LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 92; BINDING, Normen II, S. 521

2) vgl. RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 131 f

gleichzeitige Andershandeln ("unterlassende Handlung") [1], das vorausgehende Handeln [2] und die Interferenz (Unterdrückung der Tätigkeitsreize, "interne Handlung" [3]). Doch diese Unterfangen mußten notwendig scheitern, da Tatbestandshandlung eines Unterlassungsdeliktes eben nur die Unterlassung selbst sein konnte und nicht das Andershandeln oder das vorangegangene Handeln. Es ist doch nicht möglich, z.B. an der Länge des Strickstrumpfes [4] die Dauer der Unterlassung abzulesen. Und die Interferenz braucht bei einem Nichtstun nicht immer vorzuliegen. Man mußte schließlich erkennen, daß die Unterlassung "der plasti-

---

1) insbesondere LUDEN, Abh. I, S. 469, 474

2) Dies war die Lösung J. GLASERS in Abh. I, S. 293 ff, 407.- In seinen Ausführungen findet sich bereits die Fragestellung nach der Kausalität des M e n s c h e n, die ARMIN KAUFMANN 100 Jahre später in Dogmatik, S. 61 ff als die einzige und entscheidende Frage für die Unterlassungskausalität neu erkannt zu haben glaubt. Auf S. 298 nämlich sagt GLASER: "Es gibt übrigens für die Prüfung des Causalzusammenhanges einen sicheren Anhaltspunkt; versucht man es, den angeblichen U r h e b e r ganz aus der Summe der Ereignisse hinwegzudenken und zeigt sichs dann, daß nichtsdestoweniger der Erfolg eintritt, daß nichtsdestoweniger die Reihenfolge der Zwischenursachen dieselbe bleibt; so ist klar, daß die That und deren Erfolg n i c h t a u f d i e W i r k s a m k e i t d e s M e n s c h e n zurückgeführt werden können. Zeigt sich dagegen, daß, diesen M e n s c h e n e i n m a l v o m S c h a u p l a t z d e s E r e i g n i s s e s h i n w e g g e d a c h t, der Erfolg gar nicht eintreten konnte, oder daß er doch auf ganz anderem Wege hätte eintreten müssen: dann ist man gewiß vollkommen berechtigt, den Erfolg jenem Menschen anzurechnen, ihn als die Wirkung seiner Thätigkeit zu erklären."

3) BINDING, Normen II, S. 556: "die keine Bewegung des Unterlassenden, aber ein äußeres Geschehnis auslöst." Zu dieser Theorie insbes. LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 44 ff, m.w.N.

4) beliebtes Beispiel für ein Andershandeln: Die Mutter, die ihr Kind verhungern lassen will, strickt im Nebenraum Strümpfe. Das Strümpfestricken soll die positive Seite der Unterlassung sein.

schen Materialisierung, die der positiven Handlung eigen ist," [1] entbehrt.
Diese Konstruktionen sind daher in der Folgezeit zu Recht abgelehnt worden und man suchte nach einer dem Wesen der Unterlassung gemäßen Lösung. Eine Kausalverknüpfung mußte herzustellen sein, denn wie sonst sollte ein Erfolgsdelikt durch Unterlassung begangen werden können. [2] Man löste sich allmählich [3], z.B. über die Anerkennung einer "Quasikausalität", von dem mechanischen, naturwissenschaftlichen Begriff der Kausalität und im Anschluß an M.E. MAYER legte EB. SCHMIDT [4] klar, daß es sich bei der Kausalität um "nichts anderes als eine logisch-erkenntnistheoretische Verbindung zweier Gegebenheiten, nicht um physisches Sein oder Werden, sondern um nichts anderes als eine Form unseres Denkens und Erkennens handelt." Dieser "logische Kausalitätsbegriff" [5] paßte nun auch für die Unterlassung. MEZGER [6] war diese unmittelbare Verbindung Nichttun-Erfolg noch zu leer und er verlangte weitergehend zur Inhaltserfüllung das Abstellen nicht auf die Unterlassung als solche, sondern auf die "erwartete Handlung." So war die Kausalität zu einem Rechtsbegriff geworden und wurde überwiegend mit MEZGER für die Unterlassung bejaht. Die Unterlassung selbst sollte mit dem positiven Tun den gemeinsamen "Angelpunkt" darin haben, daß "etwas" getan bzw. unterlassen werde. Als "Unterlassung im Rechtssinne" wurde sie verstanden. Und sie sollte die Nichtvornahme der "erwarteten Handlung" sein. [7]

---

1) NAGLER in GS 111,29

2) vgl. NAGLER in GS 111,28

3) dazu M.E. MAYER, LB, S. 136, 140, 149 ff; SAUER, Grundlagen, S. 447 ff; EB. SCHMIDT, LB, S. 171 f; NAGLER in GS 111,30 ff, 71 ff; MEZGER, LB, S.136 ff

4) a.a.O., S. 172

5) MEZGER, LB, S. 111

6) LB, S. 136, Anm. 22

7) MEZGER, LB, S. 130

2) Von St. GLASER [1] wurde die Möglichkeit des Unterlassungsversuches speziell gegen den Einwand verteidigt, daß ein V e r s u c h notwendig ein positives T u n voraussetze. Er verweist auf den einheitlichen, für Versuch und Vollendung gleichermaßen gültigen strafrechtlichen Tatbegriff und meint: "kann durch ein Nichttun ein Verbrechen sogar vollendet werden, so steht nichts im Wege, die Möglichkeit eines Versuches durch Unterlassung anzunehmen."

-) Die Versuchsmöglichkeit schien denn auch bei den mehraktigen unechten UD relativ unproblematisch zu sein. Bei ihnen bereitete der Zeitcharakter keine Schwierigkeiten. Und mit der Bejahung der Unterlassungskausalität war nun eine Verknüpfung mit dem Geschehen selbst möglich. Man erkannte die wechselbezügliche Abhängigkeit und maß so auch der Unterlassung zeit-räumlichen Charakter zu. Dieser wurde insbesondere auch dann angenommen, wenn der Gesetzgeber eine Erfüllungsfrist eingeräumt hatte, die größer war, als die zur Erfüllung erforderliche Zeit. [2] Soweit dies nicht ausdrücklich normiert war, berief man sich zum Nachweis der Dauer auch auf die "Natur der Sache" [3].
Bedeutete demnach die Dauerhaftigkeit der Unterlassung kein unüberwindliches Hindernis auf dem Weg zur Bejahung des Unterlassungsversuches, so bereiteten doch die Möglichkeiten zur Bestimmung von Beginn und Ende der rechtswidrigen Unterlassung erhebliche Schwierigkeiten. Und diese Frage wiederum hing maßgeblich davon ab, wann eine hinreichende Objektivation des verbrecherischen Willens angenommen werden konnte und worin diese zu erblicken war.

---

1) in M Krim Psych 26 (1935) S. 257

2) vgl. ROHDE, Diss., S. 84

3) vgl. J. GLASER in GS 34 (1882) 147; LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 170

II) Bei den unechten UD

1) Schon relativ früh, bereits 1820, war die Möglichkeit eines unbeendeten Versuches von SPANGENBERG [1] für den Fall angenommen worden, daß eine Mutter ihr Kind umkommen lassen will und ihm deshalb mehrere Tage keine Mahlzeiten verabreicht. Mit diesem Fall hat man sich dann aber in der Folgezeit, abgesehen von LUDEN [2], nicht mehr auseinandergesetzt. Man war vielmehr allgemein der Meinung, daß bei den unechten UD nur ein fehlgeschlagener Versuch möglich sei. Erst als sich FRANK [3] im Jahre 1908 von dieser Ansicht löste und an demselben Beispiel der Kindstötung die Möglichkeit eines unbeendeten Versuches des unechten UD nachwies, ist man ihm dann überwiegend [4] gefolgt.
Dieser Fall unterscheidet sich von anderen unechten UD durch die längere Nichtvornahme mehrerer geschuldeter, zeitlich gebundener Handlungen. Und erst durch die Nichtverabreichung der Nahrung wird das Geschehen ja in Gang gesetzt. Deshalb und wegen der sozialen Bedeutung der vorzunehmenden Handlungen konnte eine weitgehende Parallele zu den Begehungsdelikten angenommen werden. Hier schien es daher auch möglich,

---

1) SPANGENBERG, Archiv des Criminalrechts, N.F., Bd. 4 (1820), S. 550 III 3. Er unterscheidet delictum consummatum und delictum attentatum und führt dann zu letzterem aus: "So zum Beispiel: die Mutter hat dem Kind mehrere Tage lang absichtlich die Nahrung entzogen und es ist dem Verhungern nahe. Durch Zufall kommt ein Dritter hinzu und rettet das Kind. Dann wird dieses Verbrechen der Mutter gelinder zu bestrafen sein, als es geschehen würde, wenn wirklich das Kind verhungert wäre."

2) LUDEN, Abh. I, S. 469 f, läßt unter Bezug auf diesen Fall erkennen, daß unbeendeter Versuch möglich ist.

3) in VDA, AT, V. Bd., S. 210

4) FINGER hat sich ihm erst in Strafrecht, 1932 S. 537 angeschlossen. v. LISZT lehnte unbeendeten Versuch bis zur 22. Aufl. seines LB ab und erst Eb. SCHMIDT anerkannte ihn in seiner Bearbeitung dieses Lehrbuches.

davon zu sprechen, die Unterlassung habe den Erfolg herbeigeführt.
Problematisch ist aber auch hier der Zeitpunkt der Objektivation des verbrecherischen Willens. Darüber gingen die Meinungen auseinander. Nach LUDEN z.B. soll der Versuch nicht schon dann beginnen, wenn die Mutter "dem Kinde keine Nahrung mehr zu geben anfängt, sondern erst, wenn sie ihm so lange keine Nahrung gegeben hat, daß eine Gefahr für das Leben desselben droht. Denn vorher ist ihre Handlung eben keine scheinliche." [1] Für einen Beginn des Versuches schon mit der Verweigerung der ersten Mahlzeit entschied sich hingegen z.B. FRANK : "Denn wenn es zu dem Wesen eines jeden UD gehört, daß eine rechtlich gebotene Handlung nicht vorgenommen wird, so liegt in der Nichterfüllung dieser Pflicht ein Anfang der Ausführung. Geht die Pflicht dahin, gewisse Handlungen wiederholt vorzunehmen, so ist schon in der Unterlassung einer Einzelhandlung ein Anfang der Ausführung zu sehen." [2]

2) Erhebliche Schwierigkeiten bereitete jedoch die Anerkennung des unbeendeten Versuches in den Fällen unechter Unterlassung, wo entweder nur eine Handlung vorgenommen werden konnte oder zwar verschiedene Abwendungsmöglichkeiten bestanden, diese jedoch nicht "aufeinander aufbauten." Eine zeit-räumliche Ausdehnung der Unterlassung und Kausalität war man, wie oben unter I gezeigt, bereit anzunehmen. Der eigentliche Hemmschuh lag vielmehr in der Problematik um eine frühere Objektivation des verbrecherischen Willens.

a) Bejaht wurde der unbeendete Versuch z.B. von MEYER-ALLFELD [3], jedoch aufgrund besonderer Fallgestaltung.

---

1) LUDEN, Abh. I, S. 470

2) FRANK in VDA, AT, V. Bd., S. 210

3) LB, S. 188, Anm. 24

Ihr Beispiel: Ein Schwimmlehrer bemerkt, wie ein Badegast gegen das Ertrinken ankämpft. Er will ihn untergehen lassen und wendet sich ab. Doch als sich die letzte Rettungsmöglichkeit bietet, wird der Ertrinkende von einem Dritten gerettet. Das positive Tun, das Sichabwenden soll den verbrecherischen Willen genügend offenbaren. Damit soll die Ausführungshandlung begonnen, aber nicht schon vollendet sein, da die letzte Eingriffsmöglichkeit für den Schwimmlehrer zu diesem Augenblick noch ausstand. Es handelt sich also um einen unbeendeten Versuch. Aber dieser Beispielsfall hat insbesondere mit der Begründung Kritik erfahren, daß das, was sich hier zeige, möglicherweise der Wille zur Körperverletzung sei, nicht jedoch ein Tötungsvorsatz. [1] Doch dem ist entgegenzuhalten, daß sich auch beim Begehungsdelikt entsprechende Situationen denken lassen, ohne daß man dort an der Möglichkeit eines unbeendeten Versuches zweifeln würde, obwohl ja der Tötungswille keineswegs sicherer erkennbar ist. [2]

Dieses Beispiel zeigt deutlich, daß ein pflichtwidriges Unterlassen vor Ablauf des kritischen Zeitpunktes nur dann anerkannt werden sollte, wenn sich der Unterlassungswille erkennbar in einem gegensätzlichen positiven Tun während der Erfüllungsfrist manifestiert hatte.

Soweit man nun die Möglichkeit eines so begründeten unbeendeten Versuches ablehnte, beruhte dies vornehmlich auf einer grundsätzlich anderen Auffassung über die Stellung des Pflichtigen während der Erfüllungsfrist. Danach sollte vor deren Ablauf "vollkommene Freiheit" [3] zur Vornahme der Erfüllungshandlung bestehen, und auch ein Entgegenhandeln nicht ausreichen, solange dem Pflichtigen die Erfüllung nur weiterhin möglich blieb. Aus dieser Sicht konnte es daher, ein-

---

1) so K. BENDER, Diss., S. 39; K.H. BAUERMEISTER, Diss., S. 51

2) vgl. W. BAALß, Diss., S. 70

3) v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542; ROHDE, Diss., S. 84 stellt diese Meinung, allerdings auf die echten UD bezogen, besonders anschaulich dar. Über weitere Vertreter siehe die folgende Anmerkung.

schränkend gegenüber MEYER-ALLFELD , unbeendeten Versuch nur dann geben, wenn sich der Pflichtige während der Frist die Erfüllung unmöglich gemacht hatte, [1] zum Beispiel durch Selbsthinderungshandlungen wie vollkommenes Sichbetrinken (actio libera in causa), genügend weite Entfernung vom Erfüllungsort, etc. Denn erst hieraus sei der Unterlassungsvorsatz eindeutig erkennbar.

b) Diese Ausführungen zur Möglichkeit eines unbeendeten Versuches beim unechten Unterlassungsdelikt haben deutlich gemacht, wie schwer es fiel, sich von dem oben kritisierten, dem richtigen Verständnis der Unterlassung so hinderlichen Handlungsbegriff zu lösen und seinerseits die Unterlassung richtig zu begreifen. Doch insbesondere LANDSBERG [2] hatte sich unvoreingenommen gegen die bisherigen "verwikkelten Untersuchungen" ausgesprochen und ein "entschlossenes Anpassen des Systems an die tatsächlich gegebenen Verhältnisse" vorgenommen unter Zurückweisung aller "scholastischen Spitzfindigkeiten und selbstgeschaffenen Schwierigkeiten." [3] Er lehnte sich dabei an J. GLASER [4] an, der, wie auch schon ZACHARIÄ [5] , die Unterlassung mit dem Augenblick beginnen ließ, in dem der Verpflichtete hätte tätig werden können, aber untätig geblieben war. Während sich aber für ZACHARIÄ die Unterlassung in diesem Augenblick zugleich vollendete, nahm J. GLASER an, daß in Fäl-

---

1) so bes. RUBO, StGB-Komm., § 43 Anm. 16; vgl. BAUERMEISTER, Diss., S. 43. Man erwähnt diese Versuchsmöglichkeit zwar nicht ausdrücklich für die unechten UD, doch wenn diese Fälle unbeendeten Versuch beim echten UD begründen, muß dasselbe auch für die unechten gelten. v. LISZT-SCHMIDT, LB, S. 242 m.w.N. nehmen in Fällen der actio libera in causa ein Tun an; v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542 bejaht beendeten Unterlassungsversuch. Vgl. auch BELING, Grdr., S. 40.

2) Commissivdelikte, S. 159, 169 ff

3) LANDSBERG, a.a.O., S. 3

4) in GS 34, 147

5) siehe S. 6

len, in denen das Gesetz "einen durch die Natur der Sache begrenzten Zeitraum" zur Erfüllung offen läßt, das Gebot erst mit "Überschreiten dieser Zeitgrenze" übertreten werde. [1] LANDSBERG sieht nun darin den überzeugenden Nachweis, daß während der Dauer der Tätigkeitsfrist die Vollendung des Deliktes ausgeschlossen sei. Doch er bejaht deliktisches Unterlassen bereits mit Beginn der Frist und bemerkt [2]: "Hierzu (zu GLASERS Ansicht) ist nur noch die, offenbar konsequente, Ausführung zu fügen, daß, wenn die Unterlassung anfangs erfolgt in der Absicht und Voraussicht, die ganze Frist untätig ablaufen zu lassen, damit mindestens Versuch der Omission vorliegt." [3] Die "causale und gewollte Unterlassung" ist für LANDSBERG immer schon "im ersten Augenblick" gegeben, "in welchem jemand den Eintritt eines strafrechtlich bedeutsamen Ereignisses hätte hindern können und nicht gehindert hat." Denn der "Wille, nicht zu tun" sei "für jenen ersten Augenblick unwiderruflich gefaßt und ausgeführt worden." [4] Und Vorsatz soll dann gegeben sein, wenn das "Erfordernis der Vorstellung oder Vorstellbarkeit der schlimmen Folgen der Untätigkeit" hinzutritt. [5] So meint LANDSBERG schließlich, daß

---

1) der a.a.O., S. 147 das Überschreiten der Zeitgrenze als Bedingung der Strafbarkeit ansieht.

2) Diese Ausführung (S. 170) bezieht sich auch auf das unechte UD. LANDSBERG gebraucht den terminus "Omission" nur wegen der Bezugnahme auf GLASER, der sich mit den Omissivdelikten befaßt. Daß LANDSBERG bezüglich des Beginns zwischen echten und unechten UD keinen Unterschied kennt, ergibt sich eindeutig aus seinen weiteren Ausführungen auf derselben Seite.

3) wie schon aus der vorgehenden Anmerkung ersichtlich ist, meint er damit auch den (unbeendeten) Versuch des unechten UD. Auf S. 171, Anm. 1 a.a.O., stellt LANDSBERG ausdrücklich fest: "Bei dem Commissivdelikt durch Unterlassung ist Versuch sowohl als fehlgeschlagenes wie als unvollendetes Verbrechen möglich."

4) LANDSBERG, a.a.O., S. 159 passim

5) LANDSBERG, a.a.O., S. 161 ff

seine Unterlassungslehre "mit den bekannten Grundsätzen für die Criminalität durch Tätigkeit übereinstimme." [1] Es entspricht dieser Ansicht, wenn KÖHLER [2] unter Bezug auf die entsprechende Situation beim Begehungsdelikt ausführt: "ebensowenig ist bei der Unterlassung ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff um deswillen noch kein Versuch, weil der Täter die Verwirklichung der Gefahr noch abwenden kann." [3]

Am Ende dieser Entwicklung ist der Versuch des unechten UD in allen Erscheinungsformen allgemein für möglich gehalten worden. [4] Man erwähnte vielfach nur die Standardbeispiele, berief sich auf FRANK oder beschränkte sich auf Ausführungen, wie z.B. MEZGER [5] : "Bei den unechten UD gibt es beendeten und unbeendeten strafbaren Versuch." Und MAURACH [6]

---

1) a.a.O., S. 168

2) AT, S. 455 Anm. 2

3) Für Beginn des Unterlassungsversuches wie LANDSBERG und KÖHLER auch BAALß, Diss., S. 72

4) GERLAND, LB (1932), S. 176; v. HIPPEL, LB (1932), S. 155; v. LISZT-SCHMIDT, LB, 26. Aufl. (1932), S. 307; MEZGER, LB, 3. Aufl. (1933/1949), S. 377 und in allen Auflagen seines Studienbuches; H. MAYER, AT (1953), S. 292; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 8. Aufl. (1957), § 43 V 1; MAURACH, 2. Aufl. (1958), S. 401. Als ausl. Stellungnahme vgl. ST. GLASER in M Krim Psych 26 (1935), S. 257. WELZEL, LB (1. Aufl. 1947 - 6. Aufl. 1958) hielt den Versuch nur als untauglichen für möglich, da er auf die letzte Handlungsmöglichkeit abstellt (LB, 1. Aufl., S. 91/98). Er modifizierte seine Ansicht später unter dem Einfluß KAUFMANNS.

5) bis zuletzt in SB I, 9. Aufl., S. 208

6) AT, 2. Aufl., S. 401

ergänzte dies dahin, daß die unechten UD den "allgemeinen Regeln folgen." Eine eigene systematisch-dogmatische Erörterung enthalten diese späteren Stellungnahmen nicht. Will man daher die volle Aussagekraft dieser h.L. verstehen, so muß man sich die aus dem Gang ihrer Entwicklung erkennbaren Begründungen der Versuchsmöglichkeiten vergegenwärtigen. Von der Notwendigkeit der Objektivation des verbrecherischen Willens in einem positiven Tun ist man zwar abgerückt und läßt den Versuch mit dem Augenblick beginnen, "in dem die Handlungspflicht entsteht." [1]

III) Bei den echten UD

1) Seine bei den unechten UD dargelegte Ansicht erlaubte LANDSBERG gleichermaßen auch die Bejahung des unbeendeten Versuches bei den echten UD. [2] Ebenso v. HIPPEL [3] mit der Begründung, daß "dem Täter hier regelmäßig ein g e w i s s e r Z e i t r a u m [4] zur Vornahme der gebotenen Handlung zur Verfügung" stehe. "Unterläßt er in dieser Zeit die Handlung mit dem Vorsatz d a u e r n d e r Unterlassung, so ist das begrifflich nichtbeendeter Versuch ... ".

2) Andere hingegen [5] hielten den unbeendeten Versuch nur im Fall der Vornahme positiver Handlungen vor dem "kritischen Augenblick" für denkbar. Denn soll ein Versuch möglich sein, so "muß die Ausführungshandlung

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, 8. Aufl., § 43 V 1. MAURACH, a.a.O., S. 401; vgl. auch OGHSt 1, 359

2) Commissivdelikte, S. 170, 172

3) Strafrecht II, S. 409 und auch BAUERMEISTER, Diss., S. 44

4) siehe dazu oben I) 3)

5) RUBO, StGB-Komm., § 43 Anm. 16; MEYER-ALLFELD, LB, S. 188/89; WACHENFELD, LB, S. 169; OLSHAUSEN, Kommentar, § 43 Anm. 27 b; GLASER, M Krim Psych 26 (1935) S. 260 ff

mehr als die Untätigkeit im kritischen Augenblick umfassen." [1]

Diesen Weg zum Nachweis eines unbeendeten Versuches hat zuerst RUBO [2] gezeigt. Bekannt ist sein Beispiel des Weichenstellers, der um 12 $^{oo}$ Uhr die Weiche stellen soll, dies aber nicht will und sich deswegen bereits um 11 $^{oo}$ Uhr sinnlos betrinkt. [3] In diesem und den anderen, in der Folgezeit erörterten Fällen, [4] hat sich nun zwar der gebotswidrige Wille erkennbar manifestiert, doch blieb noch die entscheidende Frage nach dem Beginn des Versuches zu beantworten. Das positive Handeln könnte nämlich entweder in oder aber auch schon vor dem Beginn der Erfüllungsfrist liegen. Und falls es davor liegt, sollte dann eventuell bis zum Beginn des Erfüllungszeitraumes nur eine Vorbereitungshandlung möglich sein?

RUBO beispielsweise setzt den Versuchsbeginn schon um 11 $^{oo}$ Uhr an und MEYER - ALLFELD lassen - in ihrem Beispielsfall zu § 116 StGB - für den Versuch das Wegreißen des den Laternenpfahl umklammernden Versammlungsteilnehmers bereits vor der dritten Aufforderung genügen, obwohl die Pflicht doch erst mit dieser Aufforderung besteht. Damit erstrecken sie die "Ausführungshandlung" des § 43 StGB auf den Zeitpunkt des gebotswidrigen positiven Verhaltens bzw. den Eintritt des die Gebotserfüllung ausschließenden Zustandes.

---

1) BENDER, Diss., S. 53

2) StGB-Komm., § 43 Anm. 16

3) dieses Beispiel ist nicht besonders glücklich gewählt. Unterstellen wir, es gebe einen entsprechenden Tatbestand eines echten Unterlassungsdeliktes, sonst wäre es nur als unechtes zu begreifen.

4) etwa das Fortreisen, um die Erfüllung unmöglich zu machen. MEYER-ALLFELD, LB, S. 189 Anm. 25 z.B. bringen den Fall, daß eine versammelte Menschenmenge aufgefordert wird, sich zu entfernen, worauf sich einer der Versammelten an einen Laterenenpfahl klammert, vor der 3. Aufforderung jedoch von der Menschenmenge mitgerissen wird. Siehe weitere Beispiele bei SCHWALBACH in GS 31, 612 f.

Eine solche Ausdehnung hält GLASER [1] ausdrücklich für zulässig. Er ist insbesondere deshalb darauf angewiesen, weil er einen Versuch sonst gar nicht annehmen könnte, da für ihn jede Untätigkeit nach Beginn der Erfüllungsfrist Vollendung bedeutet. [2] BAUERMEISTER [3] z.B. aber nimmt nur eine Vorbereitungshandlung an, was sich darin zeigt, daß er in dem Fall eines schon am frühen Nachmittag volltrunkenen Leuchtturmwärters Versuch erst abends bejaht und zwar mit Beginn der Frist zur Entzündung des Leuchtfeuers .

Ist die Erfüllungsfrist bereits angelaufen und bejaht man Vollendung erst mit dem Verstreichen der letzten Abwendungsmöglichkeit, dann soll der Versuch mit der Vornahme der Hinderungshandlung bzw. dem Eintritt des die Gebotserfüllung ausschließenden Zustandes beginnen. [4] [5]

Anders als bei den unechten UD hat sich bei den echten UD keine h.L. gebildet, die den Versuch in allen seinen Erscheinungsformen anerkennt. So hat ihn insbesondere MEZGER bis zuletzt [6] ganz in Frage gestellt.

---

1) in M Krim Psych 26 (1935) S. 261

2) GLASER, a.a.O., S. 262 f. Er hält deshalb nicht in allen Fällen echter Unterlassung unbeendeten Versuch für möglich. So z.B. nicht bei § 330 c StGB. Dort habe der Pflichtige "im Momente des Eintritts der Sachlage" zu handeln. Da diese Situation nicht vorauszusehen sei, besteht "kein Raum für das Sich-Vorbereiten für den Fall, wenn sich diese Situation wirklich ereignen sollte." Für die Möglichkeit des Versuches kommt es also darauf an, ob aufgrund der "Eigentümlichkeiten" des Tatbestandes ein der Vollendung vorangehendes Verhalten denkbar ist.

3) in Diss., S. 43

4) BENDER, Diss., S. 52; BAALß, Diss., S. 58 ff (62); BAUERMEISTER, Diss., S. 42 ff

5) Wer Versuch trotzdem ablehnt, nimmt bereits mit dem Eintritt der Unmöglichkeit Vollendung an; vgl. SCHWALBACH in GS 31, 613.

6) MEZGER in SB I 9. Aufl., S. 208; auch LISZT-SCHMIDT, LB, 26. Aufl., S. 307/8

M. MAYER [1] ließ ihn dann beginnen, wenn sich der Pflichtige die Erfüllung durch "positive Tätigkeit unmöglich machen will." Die Mehrzahl der Autoren [2] aber anerkannte im allgemeinen nur die Möglichkeit des fehlgeschlagenenen bzw. untauglichen beendeten Versuches.

## § 4

### Die Ansichten MAIHOFER's und GRÜNWALD's

Diese Autoren haben sich mit der Problematik des Unterlassungsversuches unmittelbar vor dem Erscheinen der Habilitationsschrift ARMIN KAUFMANN's eingehender befaßt. [3] Da beide den Unterlassungsversuch für möglich halten, geht es ihnen vorwiegend um dessen dogmatisch richtige Erfassung und ganz besonders um den Nachweis von brauchbaren Kriterien zur Bestimmung von Beginn und Ende der Ausführungshandlung. Speziell letzterer Frage hatte sich die Wissenschaft bisher nur wenig zugewandt. Die Ansichten beider Autoren sollen daher hier ausführlicher dargelegt werden.

I) Die Ansicht MAIHOFER's:

MAIHOFER entwickelt seine Ansicht am Versuch des echten UD. Die dort gewonnenen Erkenntnisse erstreckt er dann auf das unechte UD. Er erörtert hierbei zunächst die gegenüber dem positiven Tun andersartige

1) Objektivation der Unterlassung.

Da die Unterlassung rein sinnlicher Wahrnehmung ver-

---

1) AT, S. 292

2) vgl. GERLAND, LB, S. 176; NAGLER in LK, 8. Aufl., Einl. Anh. 2 A (S. 34); MAURACH, LB, 2. Aufl., S. 401; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 43 V 1; WELZEL, LB 6. Aufl., S. 171, 186

3) MAIHOFER in GA 1958, 189 ff und GRÜNWALD in JZ 1959, 46 ff

schlossen sei, könne man ihre Realität nur dann erkennen, wenn das Täterverhalten unter bestimmte "Verhaltenserwartungen" gebracht und das "rechtlich gesollte und darum tatsächlich erwartete" mit dem tatsächlichen Verhalten des Täters verglichen werde. [1] Für ihn stellt sich die Unterlassungstat dar als "Ausbleiben oder doch Zurückbleiben hinter der Verhaltenserwartung innerhalb der Zeitspanne der Geltung des Verhaltensgebotes." [2]

Welche Schwierigkeiten der Nachweis der äußeren Seite der Unterlassung seither bereitete, hat die obige Erörterung gezeigt. Zwar entspricht der von MAIHOFER begangene Weg zur Feststellung der Unterlassungstat der im Anschluß an MEZGER [3] vertretenen überwiegenden Lehre. Doch ihm geht es nicht um die Darstellung des Unterschiedes auf der Seinsebene, sondern um die Herausarbeitung und dogmatische Auswertung "des auf der temporalen Ebene lieg(enden) bedeutsamste(n) zweite(n) Unterschied(es) zwischen Tun und Unterlassen." [4]

2) Abgrenzung durch Zeitpunkte

Dabei geht MAIHOFER davon aus, daß man zwar "immer etwas Bestimmtes nicht tun" dürfe, wenn man die Verhaltensverbote der Rechtsordnung erfüllen wolle, aber nur "jetzt etwas Bestimmtes tun" müsse, um einem Verhaltensgebot zu genügen. Da dieses den Pflichtigen aufgrund einer bestimmten "Lage", die geradezu "von außen her" auf ihn zugekommen und in die er ohne oder gar gegen seinen Willen "geraten" ist, ergreife,

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 292

2) MAIHOFER in GA 1958, 293

3) LB, S. 136; vgl. oben S. 19

4) in GA 1958, 293

beschneide es seine Verhaltensmöglichkeiten und lege sie zur Vermeidung von Strafe sogar in bestimmter Richtung fest. Hieraus folgert er, daß die Verhaltensgebote den "Zeitcharakter des J e t z t " haben. Dieser Umstand soll für die Bestimmung des Anfangs der Ausführung wesentlich sein. So könne es subjektive Kriterien, wie z.B. den Tatplan bei den Begehungsdelikten, hier gar nicht geben. Der Pflichtige sei vielmehr "dem sozialen Verhaltensplan des ihn in bestimmter Lage treffenden Verhaltensgebotes" unterworfen und mit diesem Augenblick gehe die "Tat gleichsam 'von selbst', genauer: 'von rechts wegen' los." [1] Und dieses "Jetzt" soll nicht nur ein Zeitpunkt sein, sondern ein Z e i t r a u m , der sowohl seinen A n f a n g s - als auch seinen S c h l u ß p u n k t hat. [2]

Schon früher [3] hatte man den Zeitcharakter der Unterlassung hervorgehoben, doch erst MAIHOFER stellt die besondere Funktion des Gebotes für die Bestimmung der Grenzpunkte dieser Zeitspanne der Objektivation des Unterlassens heraus. Für ihn liegt das Problem in der "Abgrenzung durch Zeitpunkte." [4] Letztere findet er in den "normativen Grenzpunkten" des " 'u n v e r z ü g l i c h' als Anfang der Gebotsgeltung und des 'r e c h t z e i t i g' als deren Ende, an dem die Verhaltensadresse der Gebotsnorm gegenstandslos werden muß." [5]

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 293 mit Anm. 20

2) MAIHOFER in GA 1958, 294

3) so LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 159, 170, 171, sowohl für echte als unechte Unterlassungen. Für einen Zeitraum auch MEYER-ALLFELD, LB, S. 188 Anm. 24, S. 189 Anm. 25; v. HIPPEL, Strafrecht II, S. 409. NAGLER, LK, S. 34 läßt die echte Unterlassung bis zum Ablauf der Handlungsfrist "in der Schwebe", da der Pflichtige "ja seinen Sinn jederzeit wechseln und noch rechtzeitig das Erforderliche veranlassen" kann. Vgl. auch oben S. 24 f

4) MAIHOFER in GA 1958, 292

5) MAIHOFER in GA 1958, 294

Diese normative Abgrenzung zeigt das Bemühen MAIHOFER's um eine, dem Wesen der Unterlassung eigene dogmatische Erfassung und Bestimmung des Beginns des Versuches und seines Endes. In seinen Ausführungen sucht man jedoch vergeblich nach praktikablen Kriterien zur Beantwortung der Frage, wann sich das Gebot konkret mobilisiert. [1] Und hier setzt auch die Kritik GRÜNWALD's an, er meint, "Kriterien für die Bestimmung des Versuches sind auf diese Weise jedoch nicht zu gewinnen." Er nennt MAIHOFER's Lösung "eine Umformung des Problems", die dessen Beantwortung nicht erleichtere. [2]

3) Versuchsformen beim echten UD

MAIHOFER anerkennt beim echten UD sowohl den nichtbeendeten als auch den beendeten Versuch. Dabei sind seine Ausführungen zur Begründung des Zeitraumes bei § 330 c StGB, insbesondere auch wegen ihrer Gültigkeit für die anderen echten UD, von Interesse. [3] Sie lassen sich dahin zusammenfassen und verallgemeinern, daß ein Zeitraum und damit das Stadium des unbeendeten Versuches stets dann und solange anzunehmen ist, als der Pflichtige nach der konkreten Mobilisierung des Gebotes noch die Möglichkeit zur rechtzeitigen Hilfeleistung (Gebotserfüllung) hat. Denn solange müsse dem Pflich-

---

1) In seinen Ausführungen finden sich lediglich Sätze wie: "... eine Handlungsfrist, die unverzüglich nach dem Verkehrsunfall einsetzt ..." (S. 297), "... beginnt der 'Anfang der Ausführung' mit dem Zeitpunkt an dem -wie dies NAGLER formuliert hat- : der Täter, 'nach der Lage der Sache hätte hemmend tätig werden müssen, sich aber passiv verhält' " (S. 297).

2) GRÜNWALD in JZ 59, 46 Anm. 5 a: "Dadurch, daß der Begriff, 'Anfang der konkreten Geltung des Verhaltensgebotes' eingeführt wird, wird die Frage nach dem Beginn des Versuches nicht gelöst, sondern sie wird nur in anderer Form gestellt: An die Stelle der Frage, wann der Versuch beginnt, tritt nun die Frage, wann die konkrete Geltung des Gebotes einsetzt."

3) MAIHOFER in GA 1958, 296

tigen die Rücktrittsmöglichkeit offenstehen, was aber durch die Annahme einer sofortigen Vollendung ausgeschlossen wäre. [1] Er beruft sich hierzu auf die nahezu allgemeine Straflosigkeit des Versuches bei den echten UD. Zum anderen sollen Ausdrücke im Gesetzeswortlaut wie "rechtzeitig" (§ 138 StGB) oder "erforderlich" (§ 330 c StGB) auf eine "stillschweigende Erfolgsbezogenheit" auch der reinen Untätigkeitsdelikte hindeuten. Und schließlich zieht er zur Rechtfertigung die kriminalpolitische Erwägung heran, wonach der Erfolgswert einer rechtzeitigen Erfüllung, egal ob freiwillig oder unfreiwillig, allemal den im Nichttun zunächst "manifestierten V e r h a l t e n s u n w e r t" aufheben soll. [2]

Ist dieser Zeitraum nun zwar der Bereich des Versuches, so soll doch eine Bestrafung des unbeendeten Versuches -falls überhaupt eine Strafdrohung besteht- grundsätzlich nur möglich sein, wenn sich der verbrecherische Wille in einem auf die Nichterfüllung hinzielenden positiven Tun, z.B. einer Selbsthinderungshandlung geäußert habe. [3] Denn da dem Pflichtigen die Erfüllung bis zum Ende der Handlungsfrist ja offenstehe, fehle es sonst an einer hinreichend klaren Objektivation des verbrecherischen Willens. Wollte man allein auf das Unterlassen abstellen, dann sei eine "besonders sorgfältige Feststellung der Objektivation des Entschlußes zur Nichtumkehr innerhalb der

---

1) Wer Vollendung bejaht, könnte, wie es SCHRÖDER in JuS 1962, 87 vorschlägt, die Grundsätze der tätigen Reue a n a l o g übertragen und auf diese Weise zur Strafaufhebung kommen (doch nur für den Fall der Freiwilligkeit). Ablehnend BGHSt 14, 217. Auf die Freiwilligkeit kommt es für MAIHOFER dagegen nicht an, denn solange überhaupt Versuch vorliegt, ist die Unterlassung mangels Strafandrohung für den Versuch ja straflos.

2) a.a.O., S. 296. Nach MAIHOFER gilt dies also auch für § 142 StGB, den er als echtes UD (str.) ansieht. Da hier eine Versuchsstrafdrohung besteht, erhält seine Ansicht auch praktische Bedeutung.

3) MAIHOFER in GA 1958, 295

handlungsfrist" erforderlich, wofür "eindeutige objektive Anhaltspunkte im räumlichen und zeitlichen Verhalten des Täters gegeben" sein müßten. [1]

Beendeten Versuch anerkennt er nur in den Fällen des irrigen Versuches. [1] Unzweifelhaft scheidet zwar der erfolglose beendete Versuch aus, da bei den echten UD Ausführung und Erfolg zusammenfallen. Möglich bliebe aber doch noch der fehlgeschlagene Versuch.

4) Versuchsformen beim unechten UD

Hier anerkennt er alle Erscheinungsformen des Versuches. Er überträgt die für das echte UD gewonnenen Ergebnisse ganz entsprechend und bestimmt Beginn und Ende des Versuches ebenfalls durch die normativen Grenzpunkte des "unverzüglich" und des "rechtzeitig". Der Versuch beginnt demnach "in dem Zeitpunkt, in dem unverzüglich nach Anfang der Gebotsgeltung gehandelt werden sollte und konnte", [2] also in dem bekannten Mutter-Kind-Fall mit dem ersten Nichtverabreichen der Nahrung, denn damit sei bereits eine rechtlich gebotene Handlung nicht vorgenommen worden. [3] Das Ende des Versuches soll mit dem Zeitpunkt erreicht sein, "in dem der Verpflichtete die Handlung spätestens hätte vornehmen müssen, wenn sie hätte erfolgreich sein sollen." Und in dem anschließenden Zeitraum zwischen Versuchsbeendigung und tatsächlichem Erfolgseintritt liege schließlich das Stadium des erfolglosen beendeten Versuches.

II) **Die Ansicht GRÜNWALD's**

Für GRÜNWALD [4], der sich auf die unechten UD be-

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 295

2) MAIHOFER in GA 1958, 297

3) MAIHOFER in GA 1958, 298

4) in JZ 1959, 46 ff und in seiner Diss., S. 82 ff

schränkt, steht die Möglichkeit des Versuches ebenfalls fest. Er betont ausdrücklich, daß dessen subjektive Seite keine dem "Unterlassungsdelikt spezifischen Probleme" enthalte, "denn hier gilt für alle Arten von Delikten, daß die subjektiven Merkmale des Versuches denen des vollendeten Deliktes entsprechen." [1] Für ihn liegt die eigentliche Problematik des Unterlassungsversuches in der B e s t i m m u n g seiner Stadien.

1) Die Problematik der objektiven Seite

Er geht davon aus, daß die Unterlassung nicht einen Erfolg herbeiführe, sondern dessen N i c h t a b w e n d u n g (durch eine als möglich gedachte Handlung) sei. Folglich könne sie nicht "ausgeführt" werden und deshalb hält er eine "u n m i t t e l b a r e" Anwendung des Merkmales 'Anfang der Ausführung' für nicht möglich. Aber "selbst wenn man das Herbeiführen im Nichtabwenden sehen wollte", so gebe es doch für das UD kein e n t s p r e c h e n d e s Merkmal, da sich nicht mehrere Einzelakte (Unterlassungen) derart aneinanderschließen, "daß sie aufeinander aufbauend zum Erfolgseintritt führen." [2]

---

1) GRÜNWALD in JZ 1959, 46. Vgl. Diss., S. 12 ff, 19, 59 ff: Der Vorsatz soll nicht nur die Kenntnis der "tatbestandsmäßigen Situation" umfassen, sondern auch die Vorstellung von der möglichen vorzunehmenden Handlung einschließen. Das erfordere schon das voluntative Element, denn man könne sich zwar gegen die Vornahme einer Handlung, nicht aber für oder gegen eine Situation entscheiden. Näher und speziell in Auseinandersetzung mit KAUFMANN befaßt er sich mit dem Vorsatz später in Festschrift für H. MAYER, S. 281 ff. Dort hält er dann "einen final auf den Erfolg gerichteten Willen", die Absicht, bei der Unterlassung für ausgeschlossen. Diese Meinung wird unten bei der kritischen Würdigung der Ansichten KAUFMANNS behandelt.

2) GRÜNWALD in JZ 1959, 46 r.Sp.

Daher sucht er einen ganz anderen Lösungsweg. Er rekurriert auf den Grund der Versuchsbestrafung, um von da aus die F u n k t i o n des auf die Handlung zugeschnittenen Merkmales "Anfang der Ausführung" sowie der weiteren Grenzpunkte beim Begehungsversuch zu erschließen. Er erfaßt diese durch subjektive Kriterien, denn die vermag er auch bei der Unterlassung anzulegen, wo äußerlich erkennbare Einschnitte im Verhalten fehlen. In der Unterlassung sieht er etwas gegenüber der Handlung "wesensmäßig anderes." [1] Als Nichtvornahme einer bestimmten möglichen Handlung erweise sie die verbrecherische Energie des Pflichtigen [2] und dauere während der "Spanne", innerhalb derer die Handlung vorgenommen werden könnte. [3] Hierin liege das Feld für den Versuch.

2) Die Abgrenzungskriterien

So findet er die Handlungen, welche den Anfang der Ausführung beim Begehungsversuch darstellen durch die Objektivation des "H ö c h s t m a ß e s" der zur Verwirklichung des Deliktes erforderlichen verbrecherischen Energie gekennzeichnet. [4] Und der unbeendete Begehungsversuch soll mit dem Augenblick in den beendeten übergehen, in dem nicht mehr nur das Höchstmaß, sondern die "g e s a m t e Energie" entfaltet worden sei. Wenn nun auch noch die Energie aufgewendet werde, welche die Unterlassung der nachträglichen Erfolgsabwendung erfordert, also die "S u m m e" an verbrecherischer Energie, dann liege jenes Stadium des beendeten Versuches vor, in dem es keine tätige Reue mehr gebe. [5] Und diese drei Stufen verbreche-

---

1) GRÜNWALD, Diss., S. 44

2) GRÜNWALD, Diss., S. 4 f

3) GRÜNWALD in JZ 1959, 48 li.Sp.; Diss., S. 85

4) GRÜNWALD in JZ 1959, 47 r.Sp.

5) GRÜNWALD in JZ 1959, 48 li.Sp.

rischer Energie sollen nun auch die Stadien des Unterlassungsversuches begrenzen.

3) Der beendete Versuch

Die für die Annahme eines Versuches erforderliche willensmäßige Fähigkeit zur Begehung eines vollendeten Deliktes hält GRÜNWALD sicher dann für gegeben, wenn der Pflichtige die nach seiner Vorstellung "l e t z t e E i n g r i f f s m ö g l i c h k e i t" [1] hat verstreichen lassen. Hier sei bereits die "Summe" an verbrecherischer Energie aufgebracht. Doch schon vorher könne es für den Pflichtigen zweifelhaft sein, ob diese letzte Möglichkeit bereits gekommen ist. Greift er nun trotz dieser Ungewißheit, ob er später noch retten kann, nicht ein, so lasse der Pflichtige damit die nach seiner Vorstellung "g r ö ß t e E r f o l g s c h a n c e" [2] ungenützt. Will er auch später nicht handeln oder nimmt er die Möglichkeit, später nicht mehr retten zu können in Kauf [3], so zeige sich darin die "gesamte" zur Tatbestandserfüllung notwendige verbrecherische Energie. [4] Demnach kennzeichnet das Merkmal "Verstreichen der größten Erfolgschance" den Beginn des beendeten Unterlassungsversuches und mit dem "Verstreichen der letzten Eingriffsmöglichkeit" ist der Augenblick erreicht, an dem tätige Reue unmöglich geworden ist. Beim unbeendeten Versuch nun differenziert GRÜNWALD.

4) Der unbeendete Versuch

Im Falle mehrerer Erfolgsabwendungshandlungen soll der Versuch beginnen, wenn "diejenige Handlung, die

---

1) GRÜNWALD in JZ 1959, 48 li.Sp.; Diss., S. 85

2) GRÜNWALD in JZ 1959, 48 r.Sp.

3) GRÜNWALD in JZ 1959, 48 r.Sp., 49 r.Sp.

4) GRÜNWALD in JZ 1959, 49 li.Sp.

das g e r i n g s t e O p f e r verlangt hätte, unmöglich geworden ist." [1] Besteht die Unterlassung jedoch in der Nichtvornahme mehrerer gleichartiger, aber zeitlich gebundener Handlungen (z.B. Mutter-Kind-Fall), so läßt er den Versuch dann einsetzen, "wenn das H ö c h s t m a ß an verbrecherischer Energie erreicht ist." [2] Immer dürfe der Untätige aber auch später nicht handeln wollen. [3]
Ist hingegen nur eine bestimmte Handlung geboten, dann sei das Höchstmaß an verbrecherischer Energie aber nicht schon mit dem Beginn der Zeitspanne zur Vornahme dieser Handlung erreicht und unbeendeter Versuch daher ausgeschlossen. Hier werde "der Ruf zu handeln" vielmehr während des weiteren Verlaufes immer dringender und "um so größerer verbrecherischer Energie bedarf es, ihm zu widerstehen." [4] Es fallen also Höchstmaß der Energie und beendeter Versuch zusammen. [5]
Doch trifft diese letztere Argumentation GRÜNWALDS nicht auch auf die Fälle zu, in denen er unbeendeten

---

1) GRÜNWALD in JZ 1959, 49 li.Sp.; so nimmt er bei § 142 StGB unbeendeten Versuch an: "Hier setzt der Versuch bereits mit dem Weiterfahren ein, auch wenn noch die Möglichkeit besteht, umzukehren und zu retten."

2) GRÜNWALD in JZ 1959, 49 r.Sp. Diese Fälle sollen sich von allen anderen Unterlassungen unterscheiden und den Handlungsdelikten gleichen, da sie aus Einzel"akten" bestehen, die aufeinander aufbauen. Hier hält GRÜNWALD daher auch eine entsprechende Anwendung des Merkmales "Anfang der Ausführung" für sinnvoll. Gleichwohl läßt er aber den Versuch nicht schon mit dem ersten "Akt" (dem ersten Nichtverabreichen der Nahrung) beginnen, sondern erst, "wenn das Opfer wegen des Ausbleibens der Hilfe erheblich zu leiden beginnt."

3) GRÜNWALD in JZ 1959, 49 r.Sp.

4) GRÜNWALD in JZ 1959, 48 li.Sp.

5) Für diese Unterlassungen ist er also bezüglich der Anerkennung des Versuches der Meinung zuzurechnen, die Versuch erst mit Verstreichen des "kritischen Zeitpunktes" bejaht. Das bedeutet für den bekannten Beispielsfall des Streckenwärters, daß vor der letzten Eingriffsmöglichkeit ein Versuch nicht vorliegt.

Versuch bejaht? Benötigt nicht auch die Mutter wachsende verbrecherische Energie, um dem Ruf nach Ernährung ihres dahinsiechenden Kindes zu widerstehen? Und gilt dasselbe nicht auch in dem Fall der Nichtvornahme mehrerer nacheinander möglicher Erfolgsabwendungshandlungen? Die Antwort ist so eindeutig, daß man GRÜNWALD Widersprüchlichkeit [1] vorhalten möchte. Doch seine Ansicht läßt sich dann verstehen, wenn man erkennt, daß er dem sich ändernden Inhalt der gebotenen Handlung entscheidende Bedeutung für die Objektivation der verbrecherischen Energie zumißt. Denn nur bei der Möglichkeit zur Vornahme mehrerer, unterschiedliche positive Energie erfordernder Handlungen soll auf die nötige verbrecherische Energie bereits vor dem Eintritt des "kritischen Zeitpunktes" hinreichend sicher geschlossen werden können. GRÜNWALD folgert in diesem Zusammenhang, daß der Pflichtige, der schon die leichtestmögliche Handlung nicht vorgenommen hat, erst recht die mehr Energie beanspruchende unterlassen wird. Damit habe er aber das Höchstmaß an verbrecherischer Energie gezeigt. [2]

III) 1) Beide Autoren haben voneinander verschiedene Wege aufgezeigt, wie auch die Unterlassung in Stadien zergliedert werden kann. Es soll einmal ganz davon abgesehen werden, ob z.B. GRÜNWALD mit dem "Höchstmaß an verbrecherischer Energie" die Funktion des Merkmales "Anfang der Ausführung" richtig erfaßt hat, [3] oder ob die Kriterien besonders praktikabel sind. Auf jeden Fall aber ist unangreifbar dargetan worden, daß

---

1) Die Kritik von ANDROULAKIS, Unechte UD, S. 108 wird hier GRÜNWALD nicht ganz gerecht.

2) GRÜNWALD in JZ 1959, 49 li.Sp. KAUFMANN, Dogmatik, S. 214 Anm. 286 a (S.215) meint, daß dem Umstand, frühere Erfüllungsmöglichkeiten hätten geringere Opfer erfordert neben der Situation, in der die "Entscheidung über das Ob der Erfüllung endgültig" fällt, keine Bedeutung zukommen könnte. Das ist aus seiner Ansicht zu verstehen, daß allein der kritische Augenblick maßgebend sei.

3) Kritik von ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 214, Anm. 286 a

sich die Stadien nachweisen lassen. Und insoweit bedeuten beide Ansichten eine überzeugende Rechtfertigung für die, die Versuchsmöglichkeit bejahende überwiegende Meinung.

2) Obwohl er den Unterlassungsversuch bejaht, so nimmt doch WELZEL unter den neueren Ansichten eine Sonderstellung ein. Er hält den Unterlassungsversuch überhaupt "nur als untauglichen (fehlgeschlagenen) für denkbar." [1] Zu dieser Ansicht gelangt er, indem er allein auf den "kritischen Zeitpunkt" abstellt. Er sieht den Strafgrund im N i c h t a b w e n d e n des Erfolges und nicht in dessen Verursachung. So kann es für ihn vor diesem Zeitpunkt kein rechtswidriges Unterlassen geben. Auch nach diesem Zeitpunkt soll es selbst beim unechten UD fehlen, da eine Kausalbetrachtung ausscheide. Die Unterlassung sei keine Handlung, sondern Unterlassung einer solchen und damit eine "eigenständige Unterart des menschlichen, vom zwecktätigen Willen beherrsch b a r e n 'Verhaltens'." [2] Doch auch er spricht beim UD von "Vorsatz" und "wollen". [3]

WELZEL's Ansicht [4] ist aus seiner für die H a n d l u n g entwickelten finalen Handlungslehre zu begreifen, mit der er auch die Unterlassung erfassen will. Sein Bemühen fortführend unternimmt es sein Schüler ARMIN KAUFMANN, die Unterlassung dogmatisch eigenständig in dieses finalistische System einzubauen. Mit einem ebenfalls ontologischen Unterlassungsbegriff würde diese Lehre nämlich nicht nur für die Handlung gelten, sondern wäre auf das gesamte menschliche Verhalten anwendbar.

---

1) WELZEL, LB, 6. Aufl., S. 186. Er bezieht sich dazu auf den bereits von der älteren Lehre diskutierten Fall, daß der "Ertrinkende durch ein unerwartetes Ereignis doch noch gerettet wird."

2) WELZEL, LB, 6. Aufl., S. 174

3) WELZEL, LB, 6. Aufl., S. 183

4) wird hier nicht weiter dargestellt und gewürdigt, sondern bei den Ausführungen zu KAUFMANN mitbehandelt. Dessen weiterführende dogmatischen Erkenntnisse macht er sich schließlich voll und ganz zu eigen.

## 2. KAPITEL

## Die Lehre ARMIN KAUFMANNS und ihre kritische Würdigung

### § 5

### Die Ansicht ARMIN KAUFMANNS

Seine Ausführungen zum "Versuch des Unterlassungsdeliktes" sind nicht das Ergebnis einer unmittelbar diesem Problem gewidmeten Untersuchung, sondern gleichsam eine Frucht der dogmatischen Nutzanwendung seines ontologischen Unterlassungsbegriffes im System der finalen Handlungslehre WELZELS. Das Verständnis seiner Lehre setzt daher eine Analyse dieses Unterlassungsbegriffes voraus.

I) Die Unterlassung im Verständnis ARMIN KAUFMANNS

1) "Normlogische" Einsicht und "sachlogische Strukturen"

Ausgehend von den Erkenntnissen seiner Dissertation über BINDINGS Normentheorie [1] steht für KAUFMANN fest, daß das Gebot nur das verlangen kann, "was durch zwecktätiges Handeln zu verwirklichen ist." Es gebiete das "Ursache s e t z e n mit Blick auf erreichbare Ziele," also nur f i n a l e Handlungen, [2] zu deren Vornahme allein der Handlungsfähige konkret verpflichtet sei. [3] Diese normlogische Betrachtung führt ihn zu der vorläufigen Bestimmung der Unter-

---

1) Mit Auslassungen abgedruckt in KAUFMANN, Lebendiges und Totes in BINDINGS Normentheorie, 1954.

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 3

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 7

lassung als "N i c h t verwirklichung dieser Gebotsmaterie (der finalen Handlung) trotz konkreter Handlungsfähigkeit." [1] Diese bemüht er sich dann durch Rückgriff auf die "sachlogischen Strukturen" mit materiellem Gehalt zu erfüllen. Ihn gewinnt er aus der Einsicht in die Seinsstrukturen menschlichen Verhaltens, denn "was menschliches Unrecht ist, das muß auch die Struktur menschlichen Verhaltens aufweisen." [2] Aus der Bindung an diese Strukturen folge, daß auch die Unterlassung, ebenso wie die Handlung, bereits vorrechtlich existiere, also dem Recht vorgegeben sei. Doch im Gegensatz zur Handlung soll sich die Unterlassung nur negativ und relativ bestimmen lassen als bezogen auf eine (gedachte) finale Handlung, die nicht vorgenommen worden ist. [3]

2) Unterlassung als "potentielle Finalität"

In der Handlungsmöglichkeit sieht KAUFMANN mit der h.L. [4] ein konstitutives Merkmal der Unterlassung. [5] Doch ist sie für ihn nicht nur als objektive, "physische Möglichkeit zur Vornahme einer bestimmten Hand-

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 14

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 21

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 27

4) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 82 vor § 1 m.w.N.

5) Davon zu unterscheiden ist die andere Frage, ob Voraussetzung der Unterlassung ist, daß die Vornahme der möglichen Handlung e r w a r t e t wird. Dafür z.B. GALLAS in ZStW 67, 8ff; MEZGER, LB, S. 132 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 81 vor § 1. Während GRÜNWALD, Diss., S. 6 die Aufnahme des Momentes der Erwartung in den Unterlassungsbegriff für unnötig hält, lehnen dies BAUMANN, LB, S. 181; SCHAFFSTEIN, Festschrift für OLG Celle, S. 201; WELZEL, LB, S. 181 und ARMIN KAUFMANN in Dogmatik, S. 50 ff und in WEBER-Festschrift, S. 216 ab. Maßgebend ist hierbei die Überlegung, daß damit Bewertungselemente in den Tatbestand einbezogen würden. Für KAUFMANN ist insbesondere auch der Gesichtspunkt bedeutsam, daß dadurch die Vorgegebenheit der Unterlassung in Frage gestellt werden könnte. Doch wie ENGISCH in JZ 62, 190 nachweist, hätte die vorrechtliche Unterlassung dennoch Existenzberechtigung.

lung" [1] von Bedeutung. Das beruht auf der zentralen Stellung, die er der Handlungs f ä h i g k e i t im Unterlassungsbegriff zumißt. Weil nämlich das Gebot die Vornahme einer f i n a l e n Handlung verlange, komme es auch auf ihre "intellektuelle Seite" an. [2] Und diese soll als "W i s s e n s b a s i s der F i n a l s t e u e r u n g" die Kenntnis oder das Fürmöglichhalten der Handlungsrichtung umfassen. Die konkrete Planung des Handlungsablaufes dagegen sei bereits Teil der Finalsteuerung, weshalb die E r k e n n b a r k e i t der Handlungsmittel genügen soll. [3]

Gemäß der personalen Unrechtsauffassung der finalen Handlungslehre kann also das Unterlassen selbst nur dann vorliegen, wenn auch diese subjektiven Voraussetzungen gegeben sind. Damit ist aber zugleich auch der "Vorsatz" [4] bejaht, was hier allerdings hinsichtlich des Merkmales der Erkennbarkeit bedenklich erscheint. Diese Handlungsfähigkeit soll der Unterlassung feste Gestalt geben. Doch da die bestimmte Handlung ja gerade ausbleibt, kann nach KAUFMANN die Unterlassung "sinnvollerweise nur als 'potentielle Finalität' gekennzeichnet werden." [5] Und wer nach dieser Definition Zweifel an dem r e a l e n Substrat der Unterlassung hegt, muß sich sagen lassen, daß die Handlungsfähigkeit als eine Eigenschaft des Menschen, das p o s i t i v e Merkmal [6] der Unterlassung ist, denn " -um es zu pointieren- die 'Finalität' ist irreal, bloßes Bezugsmoment; die

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 35 f

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 37, 40 ff

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 45

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 115, 120 spricht bei der Unterlassung von "Quasivorsatz". Siehe näher unter I 4

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 49

6) KAUFMANN, Dogmatik, S. 83

'Potentialität' jedoch hat Realität." [1]

3) Unterlassung und "menschliche" Kausalität

Ist die Unterlassung p o t e n t i e l l e Finalität, so muß ihr KAUFMANN auch reale Kausalität absprechen. Denn nach der finalen Handlungslehre WELZELS "ruht die Finalstruktur auf der Kausalität auf". [2] Da beides "ontische Kategorien" sind, kann reale Kausalität immer nur von effektiver Finalsteuerung begleitet werden. Letztere komme gerade nur der finalen Handlung zu. Und so folgert KAUFMANN : "falls es kausale Unterlassungen mit Finalstruktur gäbe, so würde der Schluß unabweisbar, daß die Unterlassung - eine Handlung ist!" [3]
Die Richtigkeit des so abgeleiteten Ergebnisses fehlender Kausalität der Unterlassung soll eine der Kausalfrage unmittelbar gewidmete Untersuchung untermauern. KAUFMANN wendet dabei mit der h.L. die Bedingungstheorie an. Doch -und insoweit stellt er sich in Gegensatz zu anderen Vertretern eines naturalistischen Kausalbegriffes- [4] er hält Kausalität nicht nur im Falle der Verknüpfung einer Veränderung mit einer anderen für gegeben, sondern er bejaht die Ursächlichkeit auch einer Nichtänderung. [5] Also sei bei der Unterlassung das Ausbleiben einer bestimmten Handlung, ein E l e m e n t des Unterlassungsbegriffes, kausal. Aber damit soll die Kausalfrage erst unvollständig gestellt sein, denn es komme entscheidend darauf an, ob der M e n s c h, der "Unterlassende kausal für die Kausalität des Unterlassenen (des

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 49

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 67

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 57

4) vgl. z.B. früher RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 132 und gegenwärtig SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 141 vor § 1

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 60, 63 Anm. 159 a

Nichthandelns)" sei. [1] Daran fehle es jedoch. Mit dieser letzteren Fragestellung glaubt nun KAUFMANN, endlich den Schlüssel zur richtigen Behandlung des Kausalproblemes gefunden zu haben. Wie wir aber bereits oben [2] gesehen haben, schließt er damit in Wahrheit an J. GLASER an. Wenn dieser dennoch die Kausalität bejahte, so ist dies aus den Besonderheiten seiner Lehre [3] zu begreifen. Für KAUFMANN jedoch ergibt sich die Verneinung der Frage und damit auch der Kausalität daraus, daß man den Unterlassenden "hinwegdenken" könne, ohne daß die Nichtvornahme der Handlung entfiele, da das "Fehlen des Handlungsentschlußes nicht durch die Existenz des Menschen bedingt ist." [4] Gerade darin soll sich das Unterlassen vom Handeln unterscheiden, wo der Täter immer für sein positives Tun kausal sei. So bejaht er beim Unterlassen nur die Beziehung der p o t e n t i e l l e n Kausalität. [5]

Auch dieser zweite, gegenüber dem ersten eigenständige Weg, hat also zur Verneinung (realer) Kausalität der Unterlassung geführt. Damit wird nicht nur das erste Ergebnis bestätigt. Entsprechend der dort behaupteten wechselseitigen Beziehung zwischen Finalität und Kausalität kann nun nämlich auch von der "potentiellen Kausalität" auf die "potentielle Finalität" geschlossen werden. Gerade wegen dieser Rechtfertigung des von KAUFMANN dogmatisch-systematisch abgeleiteten

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 61, 62

2) siehe S. 18, Anm. 2

3) Kausale Unterlassungen sind für ihn nur solche nach vorangegangenem Tun. Dieses soll mit der Unterlassung ein "G a n z e s" bilden. Die Kausalität der (vorangegangenen) Handlung setzt sich so als Kausalität der Unterlassung fort. Siehe J. GLASER, Abh. I, S. 299 ff.

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 62; vgl. auch neuerdings in WEBER-Festschrift, S. 214 f mit Anmerkungen.

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 61

Ergebnisses, kommt der Kausalbetrachtung zentrale Bedeutung in seinen Ausführungen zu.

4) Der Unterlassungswille

Mangels effektiver Finalsteuerung soll es an der Willensverwirklichung und damit an einem echten Verwirklichungswillen als finalem Steuerungsfaktor des realen Kausalprozesses fehlen. Denn allein die "Beobachtung und Vorausberechnung des Kausalprozesses sei noch keine 'finale Steuerung', auch dann nicht, wenn in dem Bewußtsein vorgenommen, hindernd oder ablenkend eingreifen zu können." [1] Indem nämlich KAUFMANN Wollen mit realem Bewirken gleichsetzt, sind für ihn "gewollte" Unterlassungen "nicht denkbar" und also auch der Unterlassungsvorsatz nicht. Schließlich lasse sich der "Unterlassungswille" ebenso hinwegdenken wie die Existenz des Menschen, ohne daß deshalb die Verwirklichung des Unterlassungstatbestandes entfiele. [2] KAUFMANN kennt daher bei der Unterlassung nur den "Quasivorsatz". [3] Dieser umfasse entsprechend der "intellektuellen Seite" der Handlungsfähigkeit die "Kenntnis oder das Fürmöglichhalten der tatbestandsmäßigen Situation" und die "Erkennbarkeit des Weges zur Realisierung der Erfolgsabwendung." [4]

So läßt sich KAUFMANNS Ansicht über die Unterlassung folgendermaßen zusammenfassen: Bei der Unterlassung sind weder Kausalität noch Finalsteuerung möglich. Sie fehlen ihr sogar "notwendig". [5] Also kann es keinen Unterlassungswillen geben. Und die Unterlassung ist

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 74

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 61, 66 ff, 73 ff; in WEBER-Festschrift, S. 218 ff

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 115, 120

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 45, 318

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 87

auch nur "potentielle Finalität", da sich die Finalität nicht auf die Unterlassung selbst, sondern auf das Unterlassungselement des Ausbleibens der Handlung bezieht. [1]

KAUFMANN führt dann seine Ansicht weiter. Weil sich bei der Unterlassung schlechterdings kein Strukturelement der Handlung aufweisen lasse, soll zwischen den beiden Formen menschlichen Verhaltens eine, auch mit dogmatischen Konstruktionen nicht überbrückbare, wesensmäßige Verschiedenheit bestehen. Handlung und Unterlassung stünden sich, so wie es schon RADBRUCH [2] formuliert hatte, als a und non a gegenüber. Doch anders als RADBRUCH glaubt KAUFMANN ein verbindendes Element nachweisen zu können, nämlich die Handlungsfähigkeit.

II) Das Umkehrprinzip

1) Die H a n d l u n g s f ä h i g k e i t als potentielle Tatmacht des sich Verhaltenden wird zum gemeinsamen Bezugspunkt und zum personalen Mittelpunkt von Handeln und Unterlassen. Denn "ein Handlungsfähiger 'verhält sich', indem er entweder die ihm mögliche Handlung vornimmt oder sie nicht durchführt." [3] Unterhalb dieser "Zentralposition" aber soll die Gegensätzlichkeit des in bestimmter Richtung Tätigwerdens und des Untätigbleibens fortbestehen. Und insoweit soll sich die Unterlassung gegenüber der Handlung umkehren, "als ihr das F e h l e n einer bestimmten H a n d l u n g wesentlich ist." [4]

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 47 Anm. 98

2) RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 140

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 85. Die Handlungsfähigkeit wird als V e r h a l t e n zum gemeinsamen Oberbegriff von Handlung und Unterlassung. Diese Gemeinsamkeit lehnte RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 141 ausdrücklich ab. Für ihn standen Handlung und Unterlassung unvereinbar gegenüber.

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 87, 89

Aus dieser seinsstrukturellen Gegensätzlichkeit zwischen Handlung und Unterlassung bei dennoch vorhandener Gemeinsamkeit leitet er ein bestimmtes logisches, wechselseitiges Verhältnis ab, das er zu einem dogmatischen Prinzip, dem "Umkehrprinzip" [1] ausgestaltet. Dieses soll eine uneingeschränkte Übertragung der finalen Handlungslehre auf die Unterlassungsdelikte ermöglichen und der Schlüssel zur Lösung aller dogmatischen Fragen sein.

2) Das Umkehrprinzip lautet:
von der dogmatischen Funktion her gesehen:

"Die g l e i c h e rechtliche W i r k u n g wie beim Begehungsdelikt tritt beim Unterlassungsdelikt ein, wenn mit Bezug auf die unterlassene Handlung die u m g e k e h r t e S t r u k t u r vorliegt wie bei der begangenen Handlung." [2]

oder von der Gleichartigkeit der Phänomene her:

"Tritt bei der unterlassenen H a n d l u n g die gleiche Erscheinungsform auf wie bei der begangenen H a n d l u n g, so zeitigt sie beim Unterlassungsdelikt die u m g e k e h r t e Wirkung." [3]

III) Umkehrprinzip und Versuch

Diesem Prinzip unterwirft KAUFMANN auch den Versuch. [4] Folglich muß er ihn zu den Seinsstrukturen rechnen. So ergibt die Anwendung des Umkehrsatzes nach der ersten Formulierung: "Nicht ein 'Unterlassungsversuch' ist relevant, sondern das U n t e r l a s s e n d e s V e r s u c h e s, die gebotene Handlung durchzuführen, trotz der Fähigkeit zu diesem Unternehmen." Und von der Gleichartigkeit

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 87 ff

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 88

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 89

4) selbstverständlich natürlich die Kausalität und den Vorsatz

der Phänomene her gesehen folgt aus dem Prinzip: "Der fehlgeschlagene Versuch, die v e r b o t e n e Handlung vorzunehmen, f ü h r t (ggf.) zur Strafbarkeit; der fehlschlagende Versuch, die g e b o t e n e Handlung durchzuführen, b e f r e i t von Strafbarkeit." [1]

Diese Folgerungen zu begreifen, fällt schwer. Worin liegt ihr dogmatischer Aussagegehalt? Jedenfalls sucht man vergeblich nach dem, was allgemein unter der Kategorie des Versuches verstanden wird. Und diese Suche muß erfolglos bleiben, denn KAUFMANN hält den Versuch der Unterlassung für "u n d e n k b a r". [2]

IV) Das "Unterlassen des Versuches"

Was ist also das bei der Unterlassung dem Begehungsversuch entsprechend "Relevante"? Hierüber geben weniger diese Ableitungen Auskunft, als vielmehr die Behandlung der Einzelfragen bei der Unterlassung und dem "Unterlassungsversuch". [3]

1) Für KAUFMANN ist dabei der Versuch als solcher in seiner Seinsstruktur ein Phänomen des Handlungsablaufes i.S. einer "kontinuierlichen Folge von Teilverwirklichungen", [4] das gerade "durch den sich v e r w i r k l i c h e n d e n Willen sein Gepräge erhält." [5]

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 88 f, 316 f

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 237

3) Sie sollen dem Nachweis der Sachrichtigkeit der Ableitungen aus dem Umkehrprinzip dienen. In Wirklichkeit aber stand die induktive Methode am Anfang, aus deren Ergebnissen sich dann das Umkehrprinzip als "gemeinsamer Nenner erschloß." KAUFMANN, Dogmatik, S. 89; Festschrift f.v. WEBER, S. 230

4) KAUFMANN Dogmatik, S. 106/7

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 210. Insoweit ganz ebenso wie schon früher ROHDE, vgl. oben S. 14

Verlangt er also für die subjektive Seite des Versuches schlechthin reale Finalität, d.h. einen "faktisch wirkenden Willen", [1] so soll es diesen ja bei der Unterlassung nicht geben. Das hat schon seine ontologische Betrachtung [2] gezeigt. Und er findet sich darin auch durch eine "sachrichtige Anwendung des § 59 StGB" bestätigt, wonach es nicht auf den Unterlassungsvorsatz, sondern "auf das Fehlen des Entschlusses zur gebotenen Handlung" [3] ankommen soll. Da nach KAUFMANN die Kausalität der Unterlassung gleichfalls ausgeschlossen ist, lassen sich auch keine Stadien einer Geschehensverwirklichung nachweisen. Ein Unterlassungsversuch muß daher für KAUFMANN, nachdem er den Versuch selbst derart einseitig strukturell an der finalen Handlung orientiert, seinsgesetzlich unmöglich sein.

2) KAUFMANN wendet sich dann noch insbesondere [4] den Argumenten der überwiegend vertretenen Ansicht zu, wonach der Unterlassungsversuch im Falle mehrerer, zeitlich aufeinanderfolgender Handlungsmöglichkeiten nachweisbar ist. Wenn man hier Stufen der Unterlassung entsprechend den Stadien der Handlungsverwirklichung unterscheiden wolle, so treffe das nur scheinbar zu. Denn KAUFMANN meint, hierbei handele es sich "gar nicht um ein einheitliches Unterlassen", sondern um eine Reihe selbständiger Unterlassungen. Das ergebe die "dogmatische Situation". Pflichtwidrig werde das Unterlassen vielmehr erst mit dem Verstreichen der "l e t z t m ö g l i c h e n Erfolgsabwendungshandlung." KAUFMANN behauptet nämlich, das Gebot verlange nur, daß der "Erfolg ü b e r h a u p t abgewendet" [5] werde. Und in dieser Ansicht

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 73

2) siehe oben § 5 I 4

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 221

4) siehe in Dogmatik, S. 211 ff

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 215

glaubt er sich durch § 138 StGB bestätigt, der ausdrücklich nur eine r e c h t z e i t i g e Verbrechensanzeige verlange und das gleiche soll auch § 330 c StGB [1] zu entnehmen sein. Weiterhin stützt er sich auf den Sinn der Versuchsbestrafung, woraus nach BOCKELMANN [2] folgen soll, daß Versuch erst ab dem Augenblick vorliegt, "in dem die letzte maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tat gefällt wird." Und letzten Endes hält KAUFMANN jedes strafbare Unterlassen vor diesem "kritischen Augenblick" für reines Gesinnungsstrafrecht, da er davor keine hinreichend objektiven Kriterien festzustellen vermag. [3]

Diese Argumentation ist für KAUFMANN von zentraler Bedeutung. Sie soll die Richtigkeit seiner ontologischen Begründung dartun. Doch das vermag sie allenfalls bezüglich der Unmöglichkeit eines Versuches vor dem Verstreichen des "kritischen Zeitpunktes", denn bis dahin würde es demnach an der Rechtswidrigkeit des Unterlassens fehlen. Denkbar bliebe also die Möglichkeit eines sich daran anschließenden beendeten Versuches.
Aber KAUFMANN bestreitet dies und meint, daß es den beendeten Unterlassungsversuch schon deshalb nicht geben könne, weil nach der "Sachstruktur" nicht einmal ein unbeendeter Versuch möglich sei: "das Ende setzt den Anfang voraus". [4] Des weiteren betrachtet er die Unterlassung ja gerade als N i c h t vornahme einer Handlung. Damit könne sie nach Verstreichen der letztmöglichen Abwendungshandlung nicht fortdauern. Wer nämlich in diesem letzten Augenblick das erste notwendige Teilstück der gebotenen Handlung nicht vorgenommen habe, dem sei damit die (ganze) Handlung unmöglich geworden. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei also

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 212

2) Untersuchungen, S. 146 f

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 216

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 220

die " 'ganze' Unterlassung zustandegebracht." [1] Und von daher ist es auch zu verstehen, wenn KAUFMANN über den Unterlassungsversuch der h.L. sagt, dieser würde zu "einer 'logischen Sekunde' zusammenrücken". [2]

3) Ist die Möglichkeit eines Unterlassungsversuches sonach für KAUFMANN ausgeschlossen, weil sich keine Unterlassungsstadien nachweisen ließen, so soll doch "das Negierte", die nichtvorgenommene Handlung, "selbst Stufen aufweisen" können. [3] Damit ist nun der Bereich angesprochen, in dem das "Unterlassen des Versuches" zuhause ist. Diesessoll dem beendeten Begehungsversuch entsprechen.
KAUFMANN erfaßt hier solche Fälle, wo die Erfolgsabwendungshandlung untauglich wäre bzw. fehlschlagen müßte. Daß deren Nichtvornahme kein vollendetes UD begründen kann, ist nicht zu bestreiten. Und somit stellt sich auch für ihn die Frage nach dem Versuch. Wenn er bei diesen nichtvorgenommenen Handlungen Stadien unterscheidet, so meint er damit, daß die Handlung entweder als "beendeter oder unbeendeter Erfolgsabwendungsversuch negiert" [4] werden könne. Das sind aber keine Stadien der Unterlassung selbst auf dem Wege zu ihrer Vollendung. Seiner Definition des Versuches können daher auch diese Fälle nicht untergeordnet werden.
KAUFMANN erfaßt sie somit in seiner Unterlassungsdogmatik als "Unterlassen des Gebotserfüllungsversuches". Während die Unterlassung mit der Nichtvornahme "einer vollendeten Erfüllungshandlung", d.h. einer Handlung, die zur Gebotserfüllung geführt hätte, vollendet sei, soll ein "Versuch" dann vorliegen, wenn die nichtvorgenommene Handlung "n o t w e n d i g e r -

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 225

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 219

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 220

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 221

w e i s e fehlgeschlagen wäre." Allein bei dieser Andersartigkeit der in Bezug genommenen Handlung nämlich ist es im System KAUFMANNS möglich, eine Erscheinung beim UD aufzuzeigen, die nicht dessen Vollendung ist, denn die "Negation der Erfüllungshandlung fällt nicht zusammen mit der Verneinung des Erfüllungsversuches." [1]

Mit dem "Gebotserfüllungsversuch" ist eine bestimmte Erscheinungsform der vorzunehmenden Handlung beschrieben. In ihm erkennt man die Entsprechung zur dogmatischen Struktur des Begehungsversuches, so wie ihn WELZEL von seinem Handlungsbegriff her als unvollständige Handlung begreift. Handlungen, die ihr Ziel nicht erreichen, sind nach WELZEL [2] nur v e r s u c h t oder wie man auch sagen könnte "Handlungsversuche."

Insoweit bestent zwischen dem "Unterlassen des Versuches" und dem Begehungsversuch eine über die Struktur der (vorzunehmenden) Handlung vermittelte Verwandtschaft. Doch wegen der besonderen dogmatischen Situation bei der Unterlassung, kann das "Unterlassen des Versuches" nicht als Vorstufe der Vollendung relevant sein, sondern entsprechend dem untauglichen bzw. fehlgeschlagenen Begehungsversuch nur dann, "wenn in Wahrheit der Erfolgseintritt gar nicht bevorstand." [3]

4) Die Versuchsfähigkeit

Indem KAUFMANN die Möglichkeit eines Unterlassungsversuches nur im Sinne des "Unterlassens des Versuches" anerkennt, stimmt er insoweit mit den Ansichten KOLLMANNS und ROHDES im Ergebnis voll überein. Doch in einem Punkt geht er weiter, denn er er-

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 221

2) WELZEL, LB, S. 32

3) WELZEL, LB, S. 214

streckt diese "Versuchsmöglichkeit" auch auf gewisse Fälle unbewußten Unterlassens.
Bereits unter I 2 [1] haben wir die Funktion der Handlungsfähigkeit kennengelernt. Diese Rolle spricht KAUFMANN nun der "Versuchsfähigkeit" [2] beim "Unterlassen des Versuches" zu. Sie soll dieses faßbar machen und mit Sinn erfüllen und so bestimmen auch ihre intellektuellen Voraussetzungen die Erfordernisse der subjektiven Seite. Als die "Fähigkeit zu einer (untauglichen) Versuchshandlung" [3] unterscheidet sie sich von der Handlungsfähigkeit dadurch, daß der Untätige entweder "irrig eine tatbestandsmäßige Situation angenommen hat" oder "er zu dem irrigen Entschluß gelangt ist, seine Handlung sei durchführbar." [4] Aber neben der irrigen Vorstellung der tatbestandsmäßigen Situation, läßt es nun KAUFMANN genauso wie bei der Handlungsfähigkeit genügen, daß dem Untätigen die Abwendungshandlung lediglich e r k e n n b a r war. Diese unbewußten Unterlassungen sind es also, in denen KAUFMANN ein "Unterlassen des Versuches" annimmt, das ja dem beendeten Begehungsversuch entsprechen soll, obgleich es an den dort vorausgesetzten subjektiven Voraussetzungen fehle. Für KAUFMANN reicht es aus, daß der Untätige im Wissen um die tatbestandsmäßige Situation "nichts unternommen hat, um das vom Gebot gesteckte Ziel zu erreichen, obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre." [5] So soll es z.B. ein "Unterlassen des Versuches" sein, wenn A irrtümlich meint, der Schwimmer B würde mit dem Ertrinken kämpfen und er sich nun überhaupt keine Gedanken über dessen Rettung macht, jedoch bei einiger

---

1) siehe oben S. 43 ff

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 43 ff, 222

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 46

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 222

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 223

Prüfung hätte erkennen können, daß ein Kahn zur Rettung am Ufer lag;(die Unbrauchbarkeit des Kahnes wäre ihm nicht sogleich bekannt geworden.)

Die Ausdehnung der Vorsatzstrafbarkeit auf diese Fälle unbewußten Unterlassens hält er gerade deshalb für notwendig, weil sonst die Ruchlosen und völlig Gleichgültigen bei der Unterlassung besser gestellt wären. Denn hier ließe sich kein Vorsatz nachweisen, weil diese Untätigen nicht über die gebotene Handlung nachdächten bzw. so mit dem Erfolgseintritt einverstanden seien, daß ihnen der Gedanke zu helfen gar nicht komme. [1] Gerade auch diese kriminalpolitische Notwendigkeit offenbart ihm, daß es bei der Unterlassung auf den Vorsatz gar nicht ankommen könne. [2] Für KAUFMANN handelt es sich hierbei um das Versagen gegenüber dem ersten Teilstück der gebotenen Finalsteuerung und nach seiner Meinung ist dieses Verhalten "nicht besser zu bewerten als das desjenigen Unterlassenden, der sich seiner Handlungsmöglichkeiten bewußt geworden ist." [3]

V) Die Dogmatik sowohl der echten wie der unechten UD findet ihre Grundlage in KAUFMANNS Unterlassungsbegriff. Für ihn sind beide gleich zu behandeln und es sollen weder "ontologisch" noch "dogmatisch" Unterschiede bestehen. [4] Damit gelten seine Ausführungen über die Möglichkeit eines Unterlassungsversuches für echte und unechte UD gleichermaßen.

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 110 ff

2) für KAUFMANN ist er bei der Unterlassung schon deshalb ausgeschlossen, weil es keinen Unterlassungs-w i l l e n gibt.

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 43, 112

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 239 ff (274 f)

§ 6

Zur objektiven Seite - KAUFMANN kann die Dauerhaftigkeit der Unterlassung nicht in Frage stellen.

Für KAUFMANN schrumpft die Unterlassung zu einer "logischen Sekunde" zusammen. Maßgeblich sei die N i c h t vornahme einer Handlung und eine K a u s a l i t ä t s betrachtung daher ausgeschlossen. Der unbeendete Versuch sei auch deshalb nicht möglich, weil das Gebot nur die Nichtvornahme der "l e t z t m ö g l i c h e n Erfolgsabwendungshandlung" verlange. Könne es also nach der Sachstruktur keinen unbeendeten Unterlassungsversuch geben, dann soll ebenso der beendete undenkbar sein, denn das "Ende setzt den Anfang voraus."
Daß auch die Unterlassung Dauercharakter hat, ist bei der Begründung der h.L. dargestellt worden. Hier geht es nun darum, ob KAUFMANNS spezielle Ausführungen geeignet sind, diese zu entkräften.

I) Unterlassung und fehlende "menschliche" Kausalität

1) Unzulässige Trennung, unrichtige Fragestellung

Für KAUFMANN liegt die Lösung des Kausalproblemes der Unterlassung in der richtigen Fragestellung. Er fragt, wie früher schon GLASER , nach der Kausalität d e s M e n s c h e n und verneint dessen Ursächlichkeit für " 'das Unterlassene', d.h. das Fehlen des Energieeinsatzes" [1], da man den Menschen ohne sachliche Auswirkung auf den Ablauf des Unterlassungsgeschehens "h i n w e g d e n k e n" könne. Er hält aber ausdrücklich "das Unterlassene", also die Nichtänderung der Wirklichkeit für kausal und wendet sich damit gegen die Verfechter des Satzes

---

1) so nochmals präzisiert von KAUFMANN in WEBER-Festschrift, S. 214, Anm. 20; Dogmatik, S. 61
Die Priorität für diese (neue) Fragestellung kommt in Wirklichkeit J. GLASER zu, vgl. oben S. 18, Anm.2

"ex nihilo, nihil fit." [1]
Er bejaht demnach r e a l e Kausalität des Nichthandelns. Doch wenn die Annahme einer ebenso realen Kausalität des Unterlassenden daran scheitern soll, daß "für die Kausalität des Unterlassenen der Unterlassende nicht kausal ist," [2] so ist d i e s e Erkenntnis durch eine fehlerhafte Anwendung der conditio sine qua non-Formel bestimmt. KAUFMANN spaltet hier eine Sach e i n h e i t unzulässig auf. Er trennt nämlich den Unterlassenden von d e s s e n [3] Verhalten. Letzteres ist für ANDROULAKIS schlechthin eine "Paradoxie". [4] Nun anerkennt zwar auch KAUFMANN , daß ein "Unterlassen ohne einen Unterlassenden nicht denkbar ist", [5] doch besteht für ihn neben dieser begrifflichen Zusammengehörigkeit noch die ganz andere Frage, nämlich die nach der Kausalität zwischen dem Willen und dem Nichttun. Wie verfehlt es ist, dieses Verhältnis unter Kausalitätsgesichtspunkten zu betrachten, hat insbesondere BAUMANN für die Handlung nachdrücklich dargelegt. [6] Und dasselbe muß auch für die Unterlassung gelten. Denn ein unlösbares Band verknüpft Mensch und Verhalten. [7] Das behauptet doch auch

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 60 f, 63 Anm. 159 a. Zu letzterem besonders BAUMANN, AT, S. 222; MAURACH, AT, S. 500 f

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 62

3) so ausdrücklich, wenn er in Dogmatik, S. 61 schreibt: "der Mensch ist nicht kausal für sein Nichthandeln."

4) ANDROULAKIS, Unechte UD, S. 79 nennt es eine "Paradoxie", daß der Mensch für s e i n Nichthandeln nicht kausal sein soll.

5) KAUFMANN in WEBER-Festschrift, S. 214

6) JZ 1962, 45; AT, S. 175. Er verwendet hier den Begriff "Deckungsverhältnis".

7) HALL in Erinnerungsgabe für Grünhut kleidet dies in die Worte: "Ich kann mich nicht lossagen, weder von dem, was ich getan habe, noch von dem, was ich nicht getan habe. Ich bin Herr meiner Unterlassung..." (S. 224). Interessant auch ANDROULAKIS, Unechte UD, S. 80, der das "Unterlassene höchstens (für) impersonalisierbar, auf keinen Fall (aber für) entpersonalisierbar" hält. E.A. WOLFF, Kausalität,

KAUFMANN inzident selbst, wenn er in der H a n d - l u n g s f ä h i g k e i t ein konstitutives Element der Unterlassung sieht. [1]
Kann also das Verhalten nicht vom Menschen getrennt werden, so muß die Frage richtig lauten, ob das V e r h a l t e n hinweggedacht werden kann, ohne daß sich am Erfolge etwas ändert. [2] Und das hatte bereits LANDSBERG richtig gesehen, wenn er gegen GLASER argumentierte: "Causal wirkt nie ein Subjekt oder Objekt, sondern stets nur ein Vorgang" und "genau genommen (darf man) nie davon reden, daß ein Mensch verursache, sondern bloß davon, daß dieses oder jenes Verhalten eines Menschen verursache." [3]
Bezieht man also die Kausalfrage richtigerweise auf das Verhalten, so müßte selbst KAUFMANN von seinem Ausgangspunkt her die (reale) Kausalität der Unterlassung bejahen.

2) Weitere Einwände

Sieht man nämlich einmal die Kausalitätsfrage unter dem Gesichtspunkt der wechselseitigen Umdeutbarkeit von Tun und Unterlassen [4], so kann doch nicht derselbe M e n s c h bezüglich ein und desselben Verhaltens, je nach der Betrachtungsweise, kausal oder nichtkausal sein. Und dasselbe gilt auch für die Fälle, in denen Zweifel besteht, ob es sich um ein Tun oder um ein Unterlassen handelt. [5] Weil diese Ab-

---

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 58

S. 55, Anm. 52, betont, daß der Unterlassende "durch seine spezielle Verbundenheit mit dem äußeren Geschehen (durch seine Möglichkeiten) selbst ein Teil des Gesamtgeschehens" ist.

1) vgl. ENGISCH in JZ 1962, 190

2) so BAUMANN, AT, S. 223; ENGISCH in JZ 1962, 190; HALL, a.a.O., S. 224; E.A. WOLFF, Kausalität, S. 55

3) LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 64

4) dazu besonders HALL, a.a.O., S. 225 f

5) etwa der Ziegenhaarfall, der Radfahrerfall, der Lastwagenfall

grenzung umstritten [1] ist, würde die Möglichkeit der Kausalität des Delinquenten von der jeweiligen Entscheidung für eine der Ansichten abhängen. Fragwürdig wird schließlich ARMIN KAUFMANN's Ansicht noch ganz besonders in den Fällen des vorangegangenen Tuns. Hier wirkt doch die ursprüngliche Kausalität des Menschen fort.

II) Kritik seiner weiteren Argumente. Insbesondere die Pflicht zur Vornahme erst der "letztmöglichen" Abwendungshandlung.

1) KAUFMANN [2] meint, das Gebot verlange nur, daß der Erfolg "überhaupt" abgewendet werde, da es der Rechtsordnung "gleichgültig (sei), wann" der Pflichtige die Handlung vornehme. Das ist Ausfluß seiner Ansicht, daß es bei der Unterlassung eine Kausalbetrachtung nicht geben könne und zum anderen mag hierfür ein besonderes Verständnis des Gebotscharakters bedeutsam gewesen sein. Denn im Gegensatz zu den Verboten, erfassen die Gebote den Pflichtigen aufgrund einer konkreten, von ihm nicht veranlaßten Situation und fordern ein Tätigwerden. Darin liegt ein beachtlicher Eingriff in die menschliche Freiheit, dem sehr wohl die Einräumung eines Erfüllungsspielraumes korrespondieren könnte.
Doch hierbei ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber diese Handlungspflichten bei den unechten UD nicht schlechthin jedermann auferlegt, sondern eine gewisse nähere Beziehung, dieGarantenstellung, voraussetzt. Und bei den echten UD schließlich ist die allgemeine Pflicht auf bestimmte Situationen beschränkt, wobei sich im einzelnen weitere Einschränkungen aus den Tatbestandsmerkmalen ergeben, wie z.B. bei § 330 c StGB. Insoweit berücksichtigt also der Gesetzgeber den mit der Gebotsgeltung verbundenen Eingriff in die Freiheit

---

1) vgl. dazu und zu den verschiedenen Fällen statt vieler ULSENHEIMER, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965

2) in Dogmatik, S. 212, 215

des Einzelnen. Den dennoch Pflichtigen aber stellt er es nicht zur Wahl, wann sie vor der letzten Möglichkeit eingreifen wollen. Ihre Verpflichtung ist vielmehr durch den konkreten Gebotszweck inhaltlich bestimmt. So ist es nicht einzusehen, warum der Unterlassende hinsichtlich der R e c h t s w i d r i g k e i t [1] seiner Untätigkeit beim unechten UD anders gestellt sein soll als der Begehungstäter. Wenn der Gesetzgeber beim Tun die Strafbarkeitsgrenze durch § 43 StGB vorverlegt und somit das Verbot in seiner konkreten Geltung auf gewisse Handlungen vor der "letzterforderlichen" ausdehnt, so gilt dasselbe doch auch für das Gebot bei den Unterlassungsdelikten. [2] Auch bei den echten UD kann es also nicht generell erst auf die letztmögliche Handlung ankommen. Hier ist eine differenzierende Betrachtung im Hinblick auf die einzelnen Tatbestände erforderlich. [3]

Wenn sich KAUFMANN zur Untermauerung seiner Ansicht auf § 138 StGB beruft, so ist diese Stütze aus zwei Gründen brüchig. Einmal spricht § 138 StGB nicht von der letztmöglichen, sondern ausdrücklich nur von der "rechtzeitigen" Handlung. Beide Begriffe decken sich aber nicht notwendig. Insbesondere kann die letztmögliche Handlung noch näher danach bestimmt werden, ob sie den Erfolg sicher bzw. nur möglicherweise abzuwenden vermag. [4] Welche von beiden soll nun die rechtzeitige sein? KAUFMANN meint offenbar die allerletzte, denn "wer den Zeitpunkt der Erfolgsabwendung hat verstreichen lassen, der weiß, daß es kein 'Zurück' für ihn mehr gibt." [5] Doch muß es denn dem Gesetzgeber nicht gerade auf die erste dieser

---

1) davon zu unterscheiden ist die weitere Frage, ob auch der gleiche Unrechtsgehalt und die gleiche Strafwürdigkeit vorliegen.

2) so auch RUDOLPHI in MDR 1967, 4

3) dazu näher im Schlußkapitel, S. 157

4) dazu näher im Schlußkapitel, S. 141, 151 f, 162

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 218

beiden Möglichkeiten ankommen? Und zum anderen läßt sich das von KAUFMANN angeführte Argument, § 138 StGB lasse erkennen, daß die Rechtsordnung schlechthin nur die Vornahme der letztmöglichen Abwendungshandlungen verlange, sogar gegen ihn verwenden. Denn diese Regelung kann einerseits nichts für die unechten UD besagen und andererseits deutet doch ihre Einzigartigkeit darauf hin, daß der Gesetzgeber sich nur ausnahmsweise damit begnügt. Gegen KAUFMANNS Ansicht sprechen weiterhin auch kriminalpolitische Bedenken, weil eine Bestrafung erst "im letzten und gefährlichsten Augenblick einsetzen könnte." [1]

Wenn KAUFMANN schließlich meint, jede Bestrafung vor dem Verstreichen der letzten Handlungsmöglichkeit wäre "reines Gesinnungsstrafrecht" [2], dann kann ihm darin ebenfalls nicht gefolgt werden. Eine hinreichende Objektivation des verbrecherischen Willens liegt nämlich nicht erst in diesem spätesten Zeitpunkt vor, was z.B. ganz überzeugend der Mutter-Kind-Fall und der Krankenschwester-Fall beweisen. Ist z.B. die Krankenschwester verpflichtet, einem Patienten ein schwer verträgliches Medikament nicht auf einmal, sondern eine Woche lang in täglichen Portionen zu spritzen und unterläßt sie dies, so offenbart sich doch ihr verbrecherischer Wille wohl schon in der ersten, zumindest aber in einer der folgenden Unterlassungen und nicht erst in der letztmöglichen Nichtvornahme der Injektion der Gesamtmenge. Dasselbe trifft auch bei der Nichternährung eines Kindes zu, die gerade deshalb zu einem frühen Zeitpunkt in die Augen sticht, weil sie der sozialen Erwartung eindeutig widerspricht. Und entsprechendes gilt für die anderen Unterlassungen. Selbstverständlich bereitet hier der Nachweis des Vorsatzes größere Schwierigkeiten als bei der Handlung. Die Gewißheit aber, die KAUFMANN bei der Unterlassung verlangt, wäre bei der Begehung auch erst mit dem Stadium des beendeten Versuches gegeben.

---

1) SCHRÖDER in JuS 1962, 86 und LÖNNIES in NJW 1962, 1951

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 216

2) Problematisch ist es dann weiterhin, wenn KAUFMANN aus der logischen Erwägung, daß es ohne Anfang auch kein Ende geben könne, von dem Fehlen eines unbeendeten Versuches auf die Unmöglichkeit eines beendeten schließt. [1] Denn er setzt hier ohne weiteres "Anfang" und "unbeendeten Versuch" gleich. [2] So kann doch beispielsweise, wie SCHRÖDER hervorhebt, die Möglichkeit eines beendeten Tötungsversuches dann nicht überzeugend in Abrede gestellt werden, wenn das Unglück bereits durch die Unterlassung herbeigeführt worden, der Tod aber noch nicht eingetreten ist. [3] Diese Möglichkeit ist auch dann eröffnet, falls man letztmögliche Handlungen nach ihren Erfolgsaussichten unterscheidet und die Strafbarkeit mit dem Verstreichen der letzten sicheren Abwendungsmöglichkeit bejaht. Und auch KAUFMANN selbst müßte doch eigentlich beendeten Versuch in dem Fall annehmen, wenn der Pflichtige irrig glaubt, der letztmögliche Augenblick sei bereits gekommen. [4] Hier besteht doch zwischen diesem Zeitpunkt und dem wirklichen Verstreichen der Abwendungsmöglichkeit ein rechtlich relevantes Stadium. Daß der Pflichtige der Meinung ist, er könne nun nicht mehr eingreifen, spricht nicht dagegen, denn genauso liegt es ja beim beendeten Begehungsversuch nach Ablauf der Möglichkeit zu tätiger Reue.

3) Die Unterlassung kann also dauern. Das bestätigt der Gesetzgeber selbst, wenn er sie nach § 3 Abs. 3 StGB in einen raum-zeitlichen Zusammenhang "einbettet". [5]

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 220

2) so ANDROULAKIS, Unechte UD, S. 106, Anm. 402

3) SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 43 Vorbem. 11

4) vgl. KAUFMANN, Dogmatik, S. 218

5) ANDROULAKIS, Unechte UD, S. 105, Anm. 394. Vgl. auch BRUNS in NJW 1958, 1261

Und wendet man ARMIN KAUFMANN's "Umkehrprinzip" einmal speziell auf den unbeendeten und beendeten Begehungsversuch an, so muß doch die Umkehrung beide Stadien auch bei der Unterlassung bestehen lassen. [1] Lediglich deren Struktur wird notwendigerweise eine andere sein.
Indem also ARMIN KAUFMANN den Versuch als unvollkommene Erscheinungsform des zeitpünktlichen Unterlassens begreift, verschließt er sich der Anerkennung eines eigentlichen Unterlassungsversuches. Dieser könnte nämlich, wie BAUMANN ausführt, dann bejaht werden, wenn der Versuch nicht nur als Erscheinungsform des Verhaltens, sondern als ein bestimmtes Verhältnis zwischen "Täterverhalten und Tatbestandserfüllung" angesehen würde. [2] In diesem mangelnden Verständnis des Versuches als Erscheinungsform des D e l i k t e s wird die Problemaik des Versuchsbegriffes der finalen Handlungslehre deutlich. Und dieser Versuchsbegriff kann vor allem für die Unterlassung nichts taugen, da er allein an der H a n d l u n g ausgerichtet ist.

Für ARMIN KAUFMANN ist der Versuch ontologisch zwingend nur als unvollkommene Handlung möglich. Da nun die Unterlassung ebenso seinsgesetzlich unumstößlich gerade eine Nicht-Handlung sein soll, muß der Unterlassungsversuch für ihn schlechthin undenkbar sein. Dieses Ergebnis stand gleichsam im voraus fest. Eine Rechtfertigung ist ARMIN KAUFMANN aber mit seinen Argumenten hinsichtlich der objektiven Seite des Unterlassungsversuches bisher nicht gelungen. Wir untersuchen nunmehr, ob er eventuell den Vorsatz überzeugend zu leugnen vermag. Hierbei geraten wir, wegen der zentralen Bedeutung des "finalen Verwirklichungswillens" im finalistischen System WELZEL's, in den Kernbereich dieser Lehre. Und wir müssen in ihn eindringen, wenn wir gegen ARMIN KAUFMANN's [3] These angehen wollen, daß der Unterlassungsvorsatz und damit der Unterlassungsversuch mangels eines aktiven finalen Verwirklichungswillens unmöglich sei.

---

1) RUDOLPHI in MDR 1967, 4

2) BAUMANN, AT, S. 480

3) in Dogmatik, S. 210

§ 7

## Zur subjektiven Seite - Unterlassungsvorsatz und Verwirklichungswille schließen sich nicht aus.

Der Versuch verlangt nach § 43 StGB einen Entschluß und dieser entspricht unbestrittenermaßen dem Vorsatz. Der Vorsatz ist für die fHL die rechtlich relevante aktuelle Finalität. Diese habe den Charakter einer Seinskategorie und ruhe auf der realen Kausalität auf. Mangels realer Kausalität der Unterlassung fehle ihr also auch die aktuelle Finalität und damit sei der Unterlassungsvorsatz undenkbar. Das also ist der Gedankengang ARMIN KAUFMANN's , den es zu erschüttern gilt. Und dabei stellt sich als entscheidende Frage, ob die Finalität seinsgesetzlich reale Kausalität voraussetzt und damit der Vorsatz notwendig einen realen, aktiven Verwirklichungswillen fordert. Diese Frage soll nicht erst unter dem Gesichtspunkt der Bindung des Gesetzgebers an ontologische Vorgegebenheiten geprüft werden. Denn ihre Beantwortung wird umso überzeugender, wenn es gelingt, schon den ontologischen Sachverhalt selbst in Frage zu stellen [1] und darzutun, daß in Wirklichkeit auch die finale Handlungslehre ihre Prinzipien nicht rein durchführt. Dazu ist eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Lehre erforderlich, wobei insbesondere auch ihre geschichtliche Entwicklung aufschlußreich ist. Je mehr Schwächen wir aufzeigen können, desto anfechtbarer werden die voll und ganz in das finalistische System eingebetteten Folgerungen ARMIN KAUFMANN's und mit umso mehr Recht vermag man davon abzuweichen.

I) Die unlösliche Verbindung zwischen Finalität und realer Kausalität ist nur eine "ontologische Behauptung."

1) Die Finalität soll Seinscharakter haben und ihre unverrückbare Eindeutigkeit durch die unlösliche Verknüpfung mit der Kausalität erhalten. KAUFMANN formuliert das so: "Die Finalstruktur ruht auf der Kau-

---

1) vgl. ROXIN in ZStW 74, 523

salität auf; die erste ontische Kategorie ist ohne die zweite nicht denkbar." [1] So wird der finale Wille zum Steuerungsfaktor des äußeren Kausalgeschehens, zum finalen V e r w i r k l i c h u n g s willen. Und der Vorsatz sei "nichts anderes" als der Ausdruck für diese "ontische Kategorie" im Bereiche des Rechtes. [2] Käme nun diese Finalstruktur auch der Unterlassung zu, so "würde der Schluß unabweisbar, daß die Unterlassung - eine Handlung ist!" [3] Daher sagt KAUFMANN über den Unterlassungsvorsatz: "Ein Verwirklichungswille, der will, daß er nicht verwirklicht, und sich darin verwirklicht, daß er nicht verwirklicht, widerspricht sich selbst." [4]

2) Damit sollen "ewige Wahrheiten" [5] ausgesprochen sein. Diese kann es nach ARTHUR KAUFMANN [6] schon deswegen nicht geben, weil der Mensch in seinem Erkennen "nie und nirgends" ganz von vorn "anfangen" könne. Und KATSANTONIS [7] sieht darin eine "phantastische Behauptung."
Betrachtet man nun z.B. die von ARTHUR KAUFMANN , KATSANTONIS und WELZEL aus der Einsicht in die ontologischen Gegebenheiten gewonnenen Erkenntnisse für Handlung, Finalität und Vorsatz, so weichen diese inhaltlich voneinander ab. Ja selbst die Thesen NICOLAI HARTMANN's, des geistigen Wegbereiters [8] der

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 67

2) NIESE, Finalität, Vorsatz u. Fahrl., S. 9, 56

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 57

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 73

5) WELZEL, Naturrecht und mat. Gerechtigkeit, S. 198

6) in Festschrift f. H. MAYER, S. 84

7) in ZStW 72, 353

8) Aus WELZEL's Bemerkungen läßt sich nicht klar erkennen, auf wen er eigentlich die fHL zurückführt. Vgl. zu dieser Unbestimmtheit BAUMANN, AT, S. 189. Jedenfalls hat sich WELZEL in den ersten fünf Auflagen seines LB auf NICOLAI HARTMANN bezogen.

finalen Handlungslehre, decken sich nicht mit denen WELZEL's. Es läßt sich nämlich, wie KLUG [1] deutlich macht, aus N. HARTMANN's Ontologie ableiten, daß der Vorsatz ein Schuldelement ist, während ihn WELZEL als Tatbestandselement behandelt. Wer hat nun eigentlich recht? Und damit stellt sich die entscheidende Frage, ob sich unter diesen ontologischen Behauptungen die finale Handlungslehre verifizieren läßt.

Mit dieser Problematik befaßt sich KLUG [2]. Er kommt schließlich zum Ergebnis, daß "eine Wesensschau" nach einer "exakten" wissenschaftlichen Methode nicht möglich sei. [3] Dem stimmt auch ARTHUR KAUFMANN zu, doch hält er die Konsequenz "entweder sichere, exakte Erkenntnis oder überhaupt keine" für verfehlt. Für ihn öffnet sich hier der Bereich mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit, wobei sachlichen Gründen, wie z.B. der systematischen Folgerichtigkeit, der Fruchtbarkeit etc. erhebliche Bedeutung zukomme. [4]

Somit kann zunächst soviel gesagt werden, daß die ontologische Argumentation der finalen Handlungslehre deren Absolutheitsanspruch nicht rechtfertigen kann. [5] Sie muß aus sich selbst heraus überzeugen.

3) Gegen die finale Handlungslehre WELZEL's wenden dann noch insbesondere BAUMANN und ROXIN ein, daß die Finalität überhaupt keine ontische Kategorie sei. Ersterer hält WELZEL eine "verkappte normative Bewertung" vor, da Handlung und tatbestandsmäßige Handlung miteinander vermengt würden. [6] Und letzterer

---

1) in Festschrift für EMGE, S. 34 ff (38)

2) in Festschrift für EMGE, S. 38 ff (47)

3) KLUG, a.a.O., S. 48

4) ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 85

5) so bes. ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 119; ARTHUR KAUFMANN, Festschrift f. H. MAYER, S. 85; KLUG, Festschrift für EMGE, S. 48

6) BAUMANN, AT, S. 192; vgl. auch GALLAS in ZStW 67, 7, 32

meint: "was final ist, hängt allein von den Zwecksetzungen der Rechtsordnung ab." Der T a t b e s t a n d fülle den Finalitätsbegriff aus und deshalb "könne keine Finalität hinter den Tatbestand zurück." Dieser aber sei "Produkt und schöpferische Gestaltung des Gesetzgebers." [1]

II) Sachliche Einwendungen gegen die Verknüpfung: reale Kausalität - Finalität - Vorsatz

1) reale Kausalität - Finalität

a) WELZEL ist der Ansicht [2], daß der Handlungsbegriff die Sinndimension mit einschließen müsse. Denn liege zwar eine Steuerung der Kausalfaktoren vor, ohne daß deren Sinngehalt verstanden worden sei, so könne das keine Handlung sein. [3] Und so hat sich WELZEL [4] erst neuerdings wieder um den Nachweis bemüht, daß sein finaler Handlungsbegriff auch den sozialethischen Bedeutungsgehalt der Handlung systemgerecht miterfasse. Hierin nämlich liegt, wie ROXIN zuvor in einer eingehenden Kritik [5] dargelegt hatte, ein grundlegendes Problem für WELZEL's Lehre. Denn ist die Finalität gerade und nur deshalb Seinskategorie, weil sie in der Überdetermination realer Kausalverläufe besteht, wie kann ihr dann dennoch "sinnbe-

---

1) ROXIN in ZStW 74, 524, 547

2) z.B. auch ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 86; ROXIN in ZStW 74, 525

3) Für WELZEL gibt es nicht eine Handlung "an sich", sondern wegen des konstitutiven Elementes der Sinnbezogenheit nur Tötungshandlungen, Brandstiftungshandlungen etc. Sehr interessant und viel diskutiert ist der Krankenschwesternfall WELZEL's in LB, S. 32

4) WELZEL, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964; vor allem als Erwiderung auf ROXIN.

5) ROXIN, Kritik der finalen Handlungslehre in ZStW 74, 515

seelende Funktion" [1] zukommen?
Um es vorwegzunehmen, WELZEL hat diesen inneren Widerstreit nicht gelöst. [2] Er sieht zwar in "jeder Handlung - im Unterschied zum bloßen Naturvorgang - ein S i n n g e b i l d e, dessen Rückgrat der sie gestaltende und formende Handlungswille ist." Damit aber wird die Problematik um die Seinsstruktur der die "Sinndimensionen" einschließenden Finalität nur verdeckt. Denn auch wenn bei der Verwirklichung der Handlung (als Sinngebilde) "die sinnbeseelende Funktion des finalen Handlungswillens" in den "subjektiven Teil" der Finalität "notwendig mit ein geht", [3] so ist doch noch nichts darüber gesagt, ob die Sinndimensionen selbst den Charakter ontologischer Vorgegebenheiten haben. Mit Recht weist nämlich ROXIN [4] darauf hin, daß sie mit dem Lauf der Geschichte in Funktion und Inhalt fortwährenden Wandlungen unterworfen sind. Und die Sinnelemente können nicht allein dadurch, daß die Handlung in einem "sozialen Raum" vollzogen wird, zu "materiell-physischen Gegebenheiten" [5] gleich den realen Kausalfaktoren werden. Die Gesamtschau der Handlung als Sinngebilde kann hieran nichts ändern. Also besteht der Zwiespalt für WELZEL weiter und die Finalität müßte sonach auch eine nicht-ontologische Komponente enthalten. Diese Konsequenz ließe sich jedoch dann vermeiden, wenn man die sozialen Sinnbezüge selbst einem weiter gespannten Seinsbegriff unterordnen könnte.

---

1) WELZEL, Vom Bleibenden und Vergänglichen, S. 9

2) WELZEL's Ringen um die Erfassung des sozialen Elementes spiegelt sich besonders anschaulich in seiner mehrfach (dazu BAUMANN, AT, S. 162) gewandelten Behandlung der Sozialadäquenz wider.

3) WELZEL, a.a.O., S. 9

4) in ZStW 74, 535 f

5) ARTHUR KAUFMANN in Festschrift für H. MAYER, S. 86

b) Einen solchen weiteren Seinsbegriff vertritt z.B. ARTHUR KAUFMANN, der meint, wenn das Sinnhafte kein Sein hätte, "könnten wir es weder denken noch erkennen noch aussprechen und erst recht nicht verwirklichen." Es hat seinen "ontologischen Grund im Menschsein, aber (es ist) darum doch nicht ein willkürliches Gemächte der Menschen." [1] ROXIN hingegen beschränkt den Seinsbegriff auf die "empirischen Faktizitäten" [1] und so folgert er, daß es nach der Aufnahme von Sinnelementen in den Finalitätsbegriff "nicht mehr den Schatten eines Argumentes" dafür gebe, daß die Finalstruktur vorgegeben sei. [2]
Geradezu zwischen diesen beiden Ansichten steht WELZEL und also auch ARMIN KAUFMANN. Wie die Kritik gezeigt hat, ruht ihre Finalität nicht bloß auf der ontologischen Struktur realer Kausalität auf. Damit bestehen schon Bedenken gegen die von ihnen behauptete seinsgesetzliche Struktur der Finalität, weshalb die Berufung auf die Ontologie fragwürdig wird. Des weiteren fällt im Vergleich mit den anderen Ansichten auf, daß nur die finale Handlungslehre WELZEL's die effektive Finalsteuerung als ein notwendiges und unverzichtbares Element der Finalität betrachtet. Z.B. ROXIN [3] meint nämlich, daß die Finalität, "der Vorsatz (bei der Unterlassung) genau so beschaffen ist wie bei den Begehungstaten. Nur sein Gegenstand ist ein anderer. Wenn ARMIN KAUFMANN und WELZEL die Kausalität in den Vorsatz hineinziehen, so liegt das wieder nur an ihrem Handlungsbegriff." Und ARTHUR KAUFMANN [4] sagt ganz dasselbe, wenn er ausführt: "Indem sie (die finale Handlungslehre) die Finalität als bewußte Zwecksetzung und bewußte Zweckverwirklichung begreift und mit dem Vorsatz, verstanden als Verwirklichungswille, identifiziert, kann sie

---

1) ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 86

2) ROXIN in ZStW 74, 524, 525 ff

3) ROXIN in ZStW 74, 530

4) in Festschrift f. H. MAYER, S. 83, 94

-das ist die unausweichliche Folge- nur das vorsätzliche aktive Tun erfassen." Somit stellt sich die Frage, warum WELZEL und ARMIN KAUFMANN die Finalität gerade mit der realen Kausalität verknüpfen und ob sie gegen ihre Kritiker recht behalten müssen.

c) Dabei ist ein Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung aufschlußreich. [1] Aus ihm erhellt, daß WELZEL diese unlösliche Verknüpfung von realer Kausalität und Finalität nicht von Anfang an vertreten hat. Sein ursprüngliches Bestreben ging nämlich dahin, das naturwissenschaftliche "Vorbelegtsein" [2] des kausalen Handlungsbegriffes zu überwinden. Dazu konzipierte er einen finalen Handlungsbegriff, in welchen er als Handlungselement den Vorsatz aufnahm. So war die Handlung nicht mehr nur zufälliges Ergebnis eines Ursachenablaufes, sondern bewußt auf ein Ziel hingelenktes Kausalgeschehen.
Aber sie blieb doch "immer noch eine Abstraktion wie die 'Verursachung'", da die bloße Überdetermination der Kausalfaktoren sie noch nicht als "sinnvolles, sozialethisch relevantes Phänomen", als eine "reale Erscheinung des (sozialen) Lebens" erfaßte. [2] Denn die "dem Recht zugrunde liegende Wirklichkeit ist die im praktischen Handeln gegebene Wirklichkeit des sozialen Lebens" und diese "ist unendlich viel reicher als das naturwissenschaftliche Sein" mit "Strukturen, die in die naturwissenschaftliche Begriffswelt gar nicht eingehen können, die aber darum nicht weniger real sind und die gerade für das R e c h t von entscheidender Bedeutung sind." [3] So verstand WELZEL die Finalität als Determination des Geschehens durch die im Denken beruhende "Erfassung der Gegenstände in ihren Beziehungen zu anderen Gegenständen", und die "Ein-

---

1) das macht besonders ROXIN in ZStW 74, 532 ff deutlich; vgl. zum folgenden dessen Ausführungen.

2) WELZEL in ZStW 58, 495, 516

3) WELZEL in ZStW 58, 496

sicht in die Beschaffenheit und die Strukturzusammenhänge eines Sachverhaltes." [1] Doch damit war die Finalität den Wandlungen der "geschichtlich-sozialen Ordnungswelt" [2] unterworfen und konnte deshalb die "ewigen Wahrheiten der sachlogischen Sphäre" [3] als "gegenständliches Strukturgesetz des Seins"[4] nicht darstellen. Aber WELZEL wollte seine Lehre auf unverrückbare, seinsgesetzliche Strukturen gründen und stellte nunmehr folgende These auf: "Die Finalität ist ein ebenso ontologischer Begriff wie die Kausalität." [4] Und daran schließt ARMIN KAUFMANN [5] unmittelbar an, wenn er mit Blick auf die "Unterlassungsfinalität" sagt: "Die Finalstruktur ruht auf der Kausalität auf; die erste ontische Kategorie ist ohne die zweite nicht denkbar."

Nichts anderes, als das Streben nach einem ontologisch strukturierten, unumstößlichen und unwandelbaren Finalitätsbegriff war es also, was zu dieser unlöslichen Verknüpfung zwischen realer Kausalität und Finalität geführt hat. Und das ist in Wahrheit ein Rückfall in ein "engnaturalistisches" [6] Denken. Für diesen Gewinn der seinstrukturellen Fundierung einer Lehre kann und darf dieser Preis nicht bezahlt werden. Erst recht dann nicht, wenn sie sich dadurch notwendig ihre "Leistungsfähigkeit" auf dem Gebiet der Unterlassung beschneidet. Diese war aber damals noch gegeben, als Welzel schrieb: "Weil der Wille nicht lediglich ein kausaler, sondern ein finaler, das heißt zweckbewußt gestaltender ist, umfaßt seine Tatherrschaft auch das, was er geschehen läßt." [7]

---

1) WELZEL in ZStW, 51, 710

2) WELZEL in ZStW 58, 529

3) WELZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 198

4) WELZEL, Um die finale Handlungslehre, S. 7

5) in Dogmatik, S. 67

6) so beurteilte WELZEL in LB (2. Aufl. 1949) S. 93 diejenigen, die die Unterlassungskausalität bezweifeln.

7) WELZEL, LB (2. Aufl. 1949) S. 92 f.

2) Finalität-Vorsatz

Hier stellen wir mit ENGISCH [1] folgende Frage: "Liegt es nun im Wesen der Finalität irgendwie vorgezeichnet, daß ganz bestimmte Arten bzw. Unterarten dieser fehlerhaften Steuerung zum Vorsatz im Rechtssinne oder zur Fahrlässigkeit im Rechtssinne zu schlagen sind?" Läßt sich dies nämlich nicht bejahen, dann wird die n o t w e n d i g e und unmittelbare "Abhängigkeit der Wertung vom Sein" [2] in Frage gestellt. Der Vorsatz wäre dann zumindest durch Elemente mitbestimmt, die außerhalb des WELZEL'schen Finalitätsbegriffes liegen. Die weitergehende Frage, ob der Vorsatz diese Finalstruktur überhaupt wesensmäßig voraussetzt, wird dann unter III erörtert.

a) WELZEL und KAUFMANN meinen, ihr Finalitätsbegriff umfasse alle Formen des Vorsatzes unter Ausschluß der bewußten Fahrlässigkeit. [3] Das verträgt sich aber nicht ohne weiteres mit der Ansicht, daß der Verwirklichungswille auch die Mittel und die mit diesen verbundenen Nebenfolgen umspanne. [4] Denn, wie zurecht hervorgehoben wird, [5] müßte er dann weitergehend den gesamten Bereich der bewußten Fahrlässigkeit einschliessen, da diese weiteren Erfolge ebenfalls den "finalen Gehalt der Handlung" [6] ausmachen. Das hätte schließlich zur Folge, daß auch diese Fälle wegen des gegebenen Verwirklichungswillens Vorsatztaten wären.

---

1) ENGISCH in Festschrift f. Eb. SCHMIDT, S. 104

2) STRATENWERTH, Natur der Sache, S. 12

3) dazu und zu den sonst noch vertretenen Finalitätsbegriffen vgl. die instruktive Darstellung bei ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 181 ff.

4) WELZEL, LB, S. 61

5) zuerst ENGISCH, Festschrift für KOHLRAUSCH, S. 155; GALLAS in ZStW 67, 43; ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 167 ff; NOWAKOWSKI in JZ 1958, 338 f; ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 181 ff (189); siehe auch ARMIN KAUFMANN in ZStW 70, 65 f, 79

6) GALLAS in ZStW 67, 43

WELZEL und KAUFMANN ziehen diese Konsequenz nicht. Sie bemühen sich vielmehr gerade umgekehrt darum, den Umfang des Verwirklichungswillens nach dem in Rechtsprechung und Lehre überwiegend [1] anerkannten Vorsatzbereich zu bestimmen. Das könnte ihnen jedoch nur dann wirksam gelingen, wenn sich dieser durch ihm immanente ontologische Kriterien einschränken ließe.

b) "Rechnet" der Täter "mit dem Eintritt" der Folgen, dann soll nach WELZEL [2] Vorsatz gegeben sein, während dann, wenn er auf den "Nichteintritt vertraut", Fahrlässigkeit vorliegen soll. Ähnlich grenzt auch STRATENWERTH ab. Er betont, daß "sich die sinnhafte Überdeterminierung nicht in dem bloßen Bewußtsein möglicher Kausalität erschöpfe." [3] Denn der Verwirklichungswille brauche sich nicht auf jede als möglich erkannte Folge des Verhaltens zu erstrecken. Er erfasse eine mögliche Nebenfolge vielmehr nur dann, wenn sich der Täter diese zu eigen, zu "seinem Werk" gemacht habe. Und dazu müsse er die Möglichkeit des Erfolgseintrittes "ernst nehmen". [4] Also findet er das Grenzkriterium in der "als Ernstnehmen der Gefahr beschriebenen Einstellung" [5] gegenüber den als möglich vorgestellten Tatfolgen. Und dies hält er für eine Grenzziehung im "Kernbereich finaler Überdetermination." [4]

---

1) Eine gewisse Erweiterung des Vorsatzbereiches erfolgt bei SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59 Bem. 59, der sich bei der Abgrenzung des dolus eventualis gegen eine gesonderte Feststellung des Inkaufnehmens ausspricht. Wer handelt, obwohl er einen schädlichen Ausgang für möglich hält, nehme diesen auch in Kauf. Damit dehnt er den Vorsatz auf den Bereich der bewußten Fahrlässigkeit aus. Übereinstimmend SCHMIDHÄUSER in GA 1957, 305 ff; 1958, 161 ff. Vgl. auch BGHSt 7, 363.

2) LB, S. 66

3) STRATENWERTH in ZStW 71, 59

4) STRATENWERTH in ZStW 71, 60

5) STRATENWERTH in ZStW 71, 58

Das mag zwar zutreffen, doch ist dies nicht der für die finale Handlungslehre eigentlich relevante Bereich. Denn nach WELZEL's [1] eigener Aussage gehört der finale Wille, "da und soweit er das äußere Geschehen o b j e k t i v gestaltet, als integrierender Faktor zur Handlung hinzu." [1] Maßgebend ist also, wie es ROXIN [2] ausdrückt, die "ablaufsgestaltende Finalität." Und deshalb, weil eine "Einstellung" allein den konkreten Ablauf der Kausalfaktoren nicht beeinflussen kann, sind die Kriterien WELZEL's und STRATENWERTH's untauglich. Denn unabhängig von der inneren Einstellung "ist die 'zwecktätige Steuerung' dieselbe, nur die Gesinnung in der sie erfolgt, ist freilich verschieden." [3]

c) Anders dagegen ARMIN KAUFMANN , der mit einer "Selbstbegrenzung des Verwirklichungswillens" [4] argumentiert, die durch den gleichzeitig bestehenden "Vermeidewillen" im Sinne eines "wirklich vollzogenen Einsatzes von Gegenfaktoren zur Vermeidung des Nebenerfolges" [5] möglich sein soll. Dadurch wäre in der Tat die Finals t e u e r u n g unmittelbar betroffen.
Und dennoch löst auch er das für die Bewährung der fHL entscheidende Problem nicht. So muß ihm nämlich entgegengehalten werden, daß dann, wenn die für möglich gehaltene Folge trotz des Einsatzes von Gegenfaktoren

---

1) WELZEL, LB, S. 31 (Sperrung bei WELZEL).

2) ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 186

3) NOWAKOWSKI in JZ 1958, 339. So auch JESCHECK in Festschrift für ERIK WOLF, S. 487 und ROXIN in Täterschaft und Tatherrschaft, S. 187 f.

4) ARMIN KAUFMANN in ZStW 70, 73

5) ARMIN KAUFMANN in ZStW 70, 74. Auch er hebt hervor, daß die Begrenzung "durch die Art der Mittelauswahl und der Steuerung i m H a n d l u n g s a b l a u f selbst zum Ausdruck" gelangen müsse (S. 78).

eingetreten ist, der Einsatz doch in concreto wirkungslos war. Und damit läßt sich das Vorliegen bewußter Fahrlässigkeit sicher nicht auf einen tatsächlichen Unterschied in der finalen Steuerung des Kausalverlaufes gründen. [1] Das macht der LACMANN'sche Schießbudenfall besonders deutlich. [2] Denn es bleibt für das abgelaufene Geschehen gleichgültig, ob der Täter sorgfältig gezielt und "dabei seiner eigenen Geschicklichkeit eine reelle Chance eingeräumt" [3] hat oder nicht. Schließlich muß seine Grenzziehung auch dann versagen, wenn der Einsatz von Gegenfaktoren unmöglich ist. Hier kann es nämlich keinen finalen Vermeidewillen geben. [4] So wird man wohl sagen können, daß auch KAUFMANN's Kriterium eigentlich mehr die innere Einstellung des Täters trifft. [5] Der Einsatz von Gegenfaktoren wirkt als Indiz für das "Nichtvorliegen des Wollens". [6]

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß die finale Handlungslehre den Vorsatz nicht auf den vollen Bereich der Finalität erstreckt. Es ist ihr aber auch nicht gelungen, nachzuweisen, daß sich der von WELZEL

---

1) STRATENWERTH in ZStW 71, 61; JESCHECK in Festschrift für ERIK WOLF, S. 483; ROXIN in Tatherrschaft, S. 188 f.

2) LACMANN'scher Fall: A hat eine Wette abgeschlossen mit dem Inhalt, daß er dem Schießbudenfräulein eine Glaskugel aus der Hand schieße. Er schießt und trifft die Hand.

3) ARMIN KAUFMANN in ZStW 70, 77, der unter dieser Voraussetzung einen tatmächtigen Verwirklichungswillen mit Bezug auf die Vermeidung der Nebenfolge annimmt.

4) ARMIN KAUFMANN in ZStW 70, 79 f. Und daraus schließt er dann konsequent, daß der Verwirklichungswille und damit auch der Vorsatz in diesen Fällen alle als möglicherweise eintretend in Rechnung gestellten Nebenfolgen umfasse. Insoweit sind also Vorsatz und Finalität identisch. Dieser Vorsatzbereich deckt sich hier mit dem von SCHRÖDER und SCHMIDHÄUSER vertretenen; vgl. dazu oben S. 74 Anm. 1

5) SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 60; MAURACH, AT, S. 227

6) BAUMANN, AT, S. 379; JESCHECK in Festschrift für ERIK WOLF, S. 483

und der h.L. vertretene Vorsatzumfang aus dem Wesen der Finalität ergebe. Denn die aufgezeigten Grenzkriterien können den Verwirklichungswillen nicht wirksam beeinflussen. So bleibt nun noch zu prüfen, ob der Vorsatz den finalen Verwirklichungswillen überhaupt als wesensnotwendiges Element voraussetzt.

III) Der "finale Verwirklichungswille" ist kein wesensnotwendiges Vorsatzelement.

Der Unterlassungsvorsatz soll am fehlenden voluntativen Element scheitern. Nun ist zwar die Bedeutung des Wollens für den Begriff des Vorsatzes, auch abgesehen von der speziellen Problematik der Unterlassungsdelikte, nicht unbestritten. Wir denken hier beispielsweise an die Willens- und die Vorstellungstheorie [1] und an die Schwierigkeiten beim dolus eventualis. Doch nicht aus dieser Sicht soll zum Wollen als Merkmal des Unterlassungsvorsatzes Stellung genommen werden. Wir fragen vielmehr, ob gerade das Element des Wollens i.S. des "finalen Verwirklichungswillens" unverzichtbares Vorsatzmerkmal ist. [2] Kann nämlich ein echter Verwirklichungswille als Steuerungsfaktor nicht, bzw. nicht in allen Fällen des Begehungsvorsatzes nachgewiesen werden, dann läßt sich aus seinem Fehlen bei der Unterlassung auch nichts gegen den Unterlassungsvorsatz herleiten.

1) dolus directus [3] und dolus eventualis

Hier muß man sich zunächst einmal klar vor Augen halten, daß es ein Tun ohne Willensbetätigung gar nicht geben kann. Wenn nun vorsätzliche und nichtvorsätzliche Handlungen unterschieden werden, so liegt das

---

1) zu diesen Theorien vgl. insbesondere ENGISCH Untersuchungen, S. 126 ff und SCHRÖDER in SAUER-Festschrift, S. 207 ff.

2) dazu neuerdings GRÜNWALD in Festschrift für H. MAYER, S. 281 ff

3) hier nicht als Absicht, sondern als dolus directus 2. Grades verstanden.

hierfür maßgebliche Kriterium im verschiedenen Inhalt des final ausgerichteten Verwirklichungswillens.

a) Der dolus directus ist dadurch gekennzeichnet, daß der Täter, der ein gewisses Ziel erstrebt, Nebenfolgen seines Handelns voraussieht und deren Eintritt für sicher hält. KAUFMANN meint nun, daß auch diese Nebenerfolge vom finalen Verwirklichungswillen bewirkt seien. Tatsächlich sind aber doch weder der Plan des Täters noch dessen gesteuertes Handeln gerade auf diese "gerichtet". Daran kann auch die Überlegung nichts ändern, daß der finale Verwirklichungswille alle Nebenerfolge umfasse, die nach der Vorstellung des Täters notwendig mit der Erreichung des Handlungszieles verknüpft sind. [1] Denn selbst dann ist nicht ersichtlich, worin eine wirksame "f i n a l e Überdetermination" auf den Nebenerfolg hin liegen soll. Und das hat neuerdings GRÜNWALD besonders herausgestellt, wenn er meint: "Ich kann ihn (scil. dol. dir.) hinwegdenken, ohne daß sich am Erfülltsein des objektiven Tatbestandes etwas ändert." [2] Genau dieses "Hinwegdenkenkönnen" aber ist KAUFMANN's [3] Argument gegen den Unterlassungsvorsatz. Wie sich jedoch gezeigt hat, trifft es gleichermaßen auch auf den dolus directus des Begehungsdeliktes zu.

b) Der finale Verwirklichungswille soll des weiteren ebenfalls beim dolus eventualis des Begehungsdeliktes relevant sein. Doch worin liegt hier ein Hinsteuern zum (Neben)Erfolg? Kann denn ein finaler Verwirklichungswille auch eine nur möglicherweise eintretende Nebenfolge umfassen? Unter Umständen handelt es sich nämlich um eine bloße Verursachung im Bewußtsein möglicher Kausalität. Es stellt sich demnach beim dolus

---

1) vgl. dazu WELZEL, LB, S. 64

2) GRÜNWALD in Festschrift für H. MAYER, S. 289. Dasselbe gilt auch für den dolus eventualis.

3) KAUFMANN in WEBER-Festschrift, S. 218, 219, Anm. 28

eventualis nicht nur die Frage, ob es auf die finale Steuerung ankommt, sondern bereits die, ob eine solche überhaupt möglich ist. Dies läßt sich nur von der Fähigkeit zur Finalsteuerung her unter Berücksichtigung ihrer Grenzen beantworten. [1] Ausgangspunkt ist die Ansicht WELZEL's, daß der Verwirklichungswille des Vorsatzes ein der Tatbestandsverwirklichung "m ä c h t i g e r" Wille sein müsse. [2] Nun verursacht zwar der Täter mit dolus eventualis nicht blind, denn er hat das Bewußtsein möglicher Folgen. Aber diese "s e h e n d e" Verursachung besagt noch nichts über die tatsächliche Beherrschung des Kausalverlaufs. Das Handeln unter der Möglichkeitsvorstellung reicht hierzu nicht aus. Betrachtet man nämlich den Sachverhalt einmal ganz natürlich, so läßt sich vielmehr mit HARDWIG feststellen: Der Täter "hat dieses Geschehen gleichsam dem Kausalgeschehen anheimgestellt. Er hat es auf den Zufall ankommen lassen." [3] Ihm verbleibt, nachdem er sich einmal zur Durchführung des geplanten Verhaltens entschlossen hat, keine selbständige Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich der Nebenfolgen. Diese treten unabhängig von einem darauf zielenden Willen ein; dem Täter bleibt, wie es AMBROSIUS treffend sagt, "gar nichts anderes übrig" [4] als diese hinzunehmen. Man kann daher von einem finalen Verwirklichungswillen beim dolus eventualis nicht mehr sinnvoll reden.

Wir haben nunmehr gesehen, was von dem finalen Verwirklichungswillen bzw. dessen Funktion beim dolus eventualis des Begehungsdeliktes zu halten ist. Dennoch bejaht KAUFMANN auch in diesen Fällen Finalität, obwohl doch, abgesehen von der in jeder Handlung

---

1) siehe dazu AMBROSIUS, Vorsatzabgrenzung, S. 78 ff (81), der sich wesentlich auf HARDWIG, Die Zurechnung, S. 86 ff stützt.

2) so WELZEL in LB, S. 61, 180

3) HARDWIG, Die Zurechnung, S. 87

4) AMBROSIUS, Vorsatzabgrenzung, S. 79

notwendigerweise liegenden Willensbetätigung, ein Hinlenken, eine gezielte Steuerung der Kausalfaktoren auf die Nebenfolgen hin, nicht nachzuweisen ist. Die Nebenfolgen werden vielmehr durch die beabsichtigte Handlung mitverursacht und zwar unabhängig davon, ob sich der Täter darüber überhaupt Vorstellungen gemacht hat. Nur wer letzteres nicht erkennt, kann daher behaupten, daß die Nebenfolgen i.S. eines darauf gerichteten, steuernden, den Geschehensablauf anstoßenden und gestaltenden Verwirklichungswillens gewollt sind. [1] Es läßt sich allenfalls sagen, daß das zu den Nebenfolgen führende Geschehen von einer emotionalen Beziehung b e g l e i t e t wird.

2) Die Absicht

a) Beim absichtlichen Begehungsdelikt hingegen scheint sich ARMIN KAUFMANN's Ansicht zu bestätigen, als wenigstens hier der "finale Verwirklichungswille" das tragende Element auf der subjektiven Seite ist. Denn beim absichtlichen Handeln nimmt sich der Täter ein Ziel vor, um deswillen er das Geschehen anstößt und steuert. Wenn also ein derartiger "Bewirkungs"wille begriffsnotwendig zur Absicht gehörte, dann könnte es diese bei der Unterlassung nicht geben.

Neuerdings verneinen nun auch GRÜNWALD und SCHRÖDER beim Unterlassungsdelikt die Möglichkeit einer Absicht i.S. eines final auf den Erfolg gerichteten Willens, eines "zielgerichteten Handelns". [2]

Die Problematik der Unterlassungsabsicht unter dem Gesichtspunkt des "finalen Verwirklichungswillens" soll

---

1) vgl. GRÜNWALD in Festschrift für H. MAYER, S. 289

2) GRÜNWALD in Festschrift für H. MAYER, S. 289 f. S. 289: "Die Absicht enthält das Element des Wollens i.S. des 'finalen Verwirklichungswillens', der das Geschehen in der Außenwelt bewirkt. Diese Vorsatzart kann es deshalb im Bereich der Unterlassungen nicht geben"; SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 46 a.

Gegenstand der folgenden Untersuchung sein. [1] Damit wird die Absicht selbst ausführlicher behandelt. Gibt es nämlich diese Vorsatzart trotz fehlenden "finalen Verwirklichungswillens", dann ist auch beim subjektiven Erfordernis der Absicht Versuch möglich und ARMIN KAUFMANN's zentrale Argumentation wird umso fragwürdiger. Denn gerade bei der Absicht müßte sich eigentlich ihre Richtigkeit erweisen. Diese Frage ist nun auch besonders deshalb von Bedeutung, weil ARMIN KAUFMANN speziell bei der Verneinung der Unterlassungsabsicht in neuerer Zeit Gefolgschaft gefunden hat.

Wenn für die Absicht ein finaler, das äußere Geschehen aktiv gestaltender Verwirklichungswille verlangt wird, so ist zunächst einmal fraglich, ob hier die Absicht nicht ganz im Blick auf das positive Tun gesehen wird. Dieses setzt nämlich das originäre Ingangsetzen einer Kausalreihe durch den Täter voraus. Und erst dadurch wird überhaupt das Außengeschehen geschaffen, in das sich die Zielvorstellung umsetzen kann. Es ist demnach denkbar, daß die schon für das Handeln an sich erforderliche Willensbetätigung und das für die Absicht erforderliche Wollen untrennbar miteinander verknüpft und so als Absichtsmerkmale schlechthin postuliert werden, obwohl die Voraussetzungen des absichtlichen Unterlassens doch andere sein könnten. Denn bei der Unterlassung läuft ja bereits ein Geschehen. In diesem Zusammenhang ist z.B. die Ansicht ENGISCH's [2] interessant, der ein Charakteristikum der Absicht "in der kausierenden Bedeutung der gefühlsbetonten Erfolgsvorstellung für das Verhalten" sieht. Er spricht also nicht nur von dem Handeln, sondern vom Verhalten und das schließt auch die Unterlassung ein.

---

1) Insbesondere Fragen im Zusammenhang mit dem Beweggrund bleiben außer Betracht. Es geht hier nicht um Handlungstendenzen und Gesinnungsmerkmale. Dagegen, daß diese auch bei der Unterlassung möglich sind, dürften wohl keine Bedenken bestehen. Vgl. m.w.N. BAUMANN, AT, S. 376 f; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 49 ff, 68 ff; WELZEL, LB, S. 71 ff, NJW 1962, 21 f; SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, 1958; STRATENWERTH in Festschrift f. v. WEBER, S. 171 ff, in ZStW 76, 698 ff; OEHLER in NJW 1966, 1633 ff.

2) in Untersuchungen, S. 142

b) Wer meint, bei der Unterlassung sei ein Ingangsetzen überhaupt undenkbar, sei auf die sogenannten "veranlassenden" Unterlassungen verwiesen. Zu diesen zählt z.B. der Mutter-Kind-Fall. Dort liegt es sehr wohl in der Hand der Mutter, ob und wann das auf den Tod des Kindes hinzielende Geschehen beginnt. [1] Des weiteren ist auch auf jene Fälle hinzuweisen, in denen der zunächst in Erfüllung des Gebotes tätig gewordene Pflichtige nunmehr davon absteht, eben weil er jetzt das Geschehen will, gegen dessen weiteren Lauf er noch einen Augenblick zuvor erfolgreich angekämpft hatte.

Aber auch bei den Begehungsdelikten liegt nicht in allen Fällen ein Verwirklichungswille vor, ohne daß jedoch ARMIN KAUFMANN dort ein absichtliches Handeln bezweifeln würde. Z.B.: A droht durch Naturgewalten umzukommen. C hält den rettungswilligen und -fähigen B zurück, weil er den Tod des A will. [2] Nach ARMIN KAUFMANN hat C in Tötungsabsicht gehandelt, obwohl nicht die von ihm gesteuerten Kausalfaktoren den Tod des A unmittelbar bewirkt haben, sondern das Naturgeschehen. Dieses aber ist von C sicherlich weder angestoßen noch real gelenkt worden. Denn er hat lediglich eine Rettungshandlung abgebrochen, um den bereits in Gang befindlichen Kausalablauf der Natur ungehemmt fortwirken zu lassen.

Zudem kann in gewissen Fällen absichtlicher Begehungsdelikte die körperliche Tätigkeit auf ein absolutes Mindestmaß beschränkt sein und eine effektive Kausalsteuerung nahezu ganz fehlen. Ein treffendes Beispiel hierzu bringt PEPERONI [3]: Vor A liegt das Ende eines unter Starkstrom stehenden Kabels. Er will den B umbringen. Deshalb ruft A diesen zu sich und gebietet

---

1) Diese Fälle sollten gerade GRÜNWALD im Hinblick auf seine frühere Stellungnahme in JZ 1959, 49 r. Sp. zu denken geben.

2) vgl. die Fälle in KAUFMANN, Dogmatik, S. 60. Die Kausalität ist hier übrigens nicht unstreitig. ARMIN KAUFMANN jedoch bejaht sie.

3) Diss., S. 71

ihm, das Kabel wegzulegen. Wenn hier einer wirklich lenkt, dann ist dies der B, der sich selbst ins Verderben "steuert". Und weiterhin macht sich A noch Naturkräfte zunutze. [1] So muß man sich überhaupt davor hüten, die effektive Wirksamkeit des aktiven Verwirklichungswillens zu hoch einzuschätzen, denn es gibt schlechthin kein menschliches Verhalten, das einen Erfolg allein herbeiführt. Was beim positiven Tun jedoch immer relevant ist, das ist der Anstoß, das Ingangsetzen einer Kausalreihe. Sollte mit letzterem die Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit absichtlichen Verhaltens verknüpft sein?

c) Die Autoren, die die Unterlassungsabsicht verneinen, gehen zwar davon aus, daß die Absicht nur in Bezug auf die Vornahme eines positiven Tuns bestehen könne. Sie sind jedoch bisher den Nachweis schuldig geblieben, warum die Absicht ihrem Wesen nach ein Ursächlichwerden durch Anstoßen oder Inswerksetzen realer Kausalfaktoren voraussetzt. Gewiß kann sich, wie SCHRÖDER [2] darlegt, die Absicht immer nur auf einen zu bewirkenden Erfolg beziehen und nicht auf Merkmale, die "vom Willen des Täters unabhängig" sind. Doch gerade diese letztere, mehr allgemeine Formulierung, legt die Frage nahe, ob die Absicht beim Unterlassen nicht deshalb möglich sein könnte, weil auch das Unterlassungsgeschehen mit seinen Fol-

---

1) Ein weiteres Beispiel bringt ROXIN in ZStW 74, 530. Dabei weist er darauf hin, daß die Tätigkeit eines Mörders bei Gebrauch einer Pistole doch eigentlich nur in dem Druck auf den Abzughahn besteht. Man könnte hier noch beliebig viele Fälle bilden. Was bewirkt denn der Knecht im folgenden Fall körperlich? K hat sich in der Scheune eine Zigarette angezündet und hält das brennende Streichholz in der Hand. Vor ihm liegt Heu. Die Windrichtung steht günstig. Da er den Bauern haßt und ihn die Tochter des Nachbarn nicht erhört, schießt ihm der Gedanke einer gründlichen Abrechnung durch den Kopf. Er läßt das Streichholz fallen. Die Scheune brennt ab und wegen des Funkenfluges auch Bauernhaus und Nachbaranwesen.

2) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 50

gen vom Pflichtigen abhängt. Diese Abhängigkeit läßt sich ernsthaft nicht bezweifeln, denn der Unterlassende könnte den konkreten Geschehensablauf jederzeit hindern oder verändern. Es liegt ganz an ihm, wenn er nicht eingreift und es somit zuläßt, daß die begonnene Kausalreihe zum Erfolg hin weiterläuft.

aa) Daran kann auch die von ARMIN KAUFMANN [1] vertretene und von GRÜNWALD [2] übernommene Ansicht nichts ändern. Diese meinen nämlich, daß es "offenbar für die Gestaltung der Dinge, für das Zustandekommen der Unterlassung, für die Nichtabwendung des eingetretenen Erfolges ohne jede Bedeutung" [1] sei, ob der Pflichtige die Absicht gehabt habe, da man diese und ihn selbst hinwegdenken könne, ohne daß das Unterlassungsgeschehen entfiele. Wie unzutreffend aber diese Argumentation ist, haben wir schon oben in den Ausführungen zur Kausalität dargelegt. [3] Denn einmal wäre es ohne den Unterlassenden sinnlos, von d e s s e n Unterlassung zu sprechen. Und wegdenken ließe sich allenfalls der konkrete Wille zum Nichttun. Dann müßte aber die Eingriffsmöglichkeit hinzugedacht werden. Daß dann der Geschehensablauf verändert würde, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Diese Macht des Pflichtigen unterscheidet sich natürlich von der des Handelnden insofern, als jener das Geschehen nicht nach jeder beliebigen Zielvorstellung hier und jetzt frei gestalten kann, sondern an den zeitlich festgelegten und in seiner Gestalt vorgezeichneten Geschehensablauf gebunden ist. Sollte nun der Unterlassende nicht wenigstens dieses Geschehen und den Erfolg wollen können? Genau so beschränkt ist doch, wie wir oben unter b) gesehen haben, auch der Täter, der einen Rettungswilligen abhält. Nahezu keine effektive Tatmacht besteht auch in den anderen, dort genannten Fällen. Und so ist

---

1) in Festschrift für v. WEBER, S. 218

2) in Festschrift für H. MAYER, S. 289/90

3) siehe oben S. 58 f.

die Beziehung des Unterlassenden zum Geschehen auch kein bloßes Wünschen. Denn das "Wünschen stellt ein Streben dar, etwas nicht Gegenwärtiges gegenwärtig zu machen, wobei der Gegenstand des Wünschens etwas völlig Phantastisches sein kann." [1] Der Erfolg des Unterlassungsgeschehens gehört nun aber gerade in den Bereich der Wirklichkeit und ebenso das Nichttätigwerden. Und dieses Nichttätigwerden, das den Erfolg eintreten läßt, steht ganz in der Macht des Pflichtigen. Dafür spielt es keine Rolle, ob der Pflichtige eingreifen wollte und nunmehr diese Impulse unterdrücken muß oder nicht, sondern es kommt darauf an, daß er sich im Bewußtsein seiner Eingriffsmöglichkeit [2] um des Erfolgs willen untätig verhält. In dieser Machtstellung ist die von OEHLER als Erfordernis des Wollens und als Unterscheidungsmerkmal vom Wünschen treffend bezeichnete "Handlungsbereitschaft" gegeben. [3] So kann ein Wollen beim Unterlassen sinnvoll angenommen werden, denn hier trifft zu, was schon BELING sagte: "Der Wille herrscht im menschlichen Machtbereich." [4] Der Erfolg ist dann Werk des Täters, "wenn durch sein Verhalten, sei es ein Handeln, sei es ein Unterlassen, eine solche Konstellation von Bedingungen geschaffen wird", daß davon sein Eintritt abhängt. [5] Demnach setzt das Wollen kein Ingangsetzen eines Kausalverlaufes voraus. Man muß sich von der Vorstellung frei machen, daß es notwendig "bewegende Kraft" sei, denn eine solche Bestimmung des Willens ist, wie HARDWIG

---

1) OEHLER in NJW 1966, 1636 m.w.N. aus der psycholog. Literatur

2) In Wirklichkeit wird sich der Unterlassende gerade im Hinblick auf die Kenntnis seiner Pflicht zumeist in einem inneren Widerstreit darüber befinden, ob er nicht doch handeln soll.

3) vgl. auch ENGISCH, Untersuchungen, S. 226 f; 164 f

4) BELING, Grundzüge, S. 49.

5) so bei Engisch, Untersuchungen, S. 159

feststellt "eindeutig vom Handeln abgezogen", weshalb sie "auf das Unterlassen nicht passen kann." [1]

bb) Kommt es dem Pflichtigen auf den Erfolg an, bezweckt, erstrebt er ihn, dann unterläßt er absichtlich. GRÜNWALD [2] meint nun, daß sich der psychische Sachverhalt dieser Fälle von denen des dolus directus nicht in dem Maße unterscheide, daß man sie als die schwererwiegenden bezeichnen könnte. Denn auch wenn der Pflichtige einen Rettungsimpuls gerade deshalb unterdrückt habe, weil ihm der Erfolgseintritt erwünscht war, sei es doch "offensichtlich verfehlt", dies als Absicht i.S. "der Handlungsdelikte" zu erachten. Eine solche "Einstellung" habe mit dem "Absichtsbegriff des Handlungsdeliktes nichts mehr gemein." Darauf ist zunächst einmal zu entgegnen, daß es hier nicht um die Absicht des Handlungsdeliktes geht, sondern um die des Unterlassungsdeliktes.
Aber auch abgesehen davon ist GRÜNWALD's Einwand unzutreffend. Die Absicht hebt sich von den anderen Vorsatzarten durch die "Willensintensität", [3] die besondere "emotionale Beziehung" [4] zum Erfolg ab, wobei die innere Einstellung zum Erfolgseintritt, dessen Erwünschtsein oder Unerwünschtsein keine Rolle spielt. [5] Dieser maßgebliche Zweckbezug, dieser Zielgehalt kann Inhalt des Wollens des Pflichtigen sein. Ist er das, dann ist die Absicht des Unterlassenden aus denselben Gründen der schwerere Fall ge-

---

1) HARDWIG in ZStW 74, 29

2) in Festschrift für H. MAYER, S. 290

3) OEHLER in NJW 1966, 1634

4) ENGISCH, Untersuchungen, S. 157

5) so h.L., vgl. u.a. ENGISCH, a.a.O., S. 145, 147; OEHLER, a.a.O., S. 1635 f; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 49; WELZEL in NJW 1962, 22; anders, aber voneinander abweichend BGHSt 16, 1 und BGHSt 18, 251.

genüber dem dolus directus, wie dies entsprechend für die Begehungsabsicht anerkannt ist. Das zeigt z. B. der bekannte"Fall THOMAS", in dem ein Reeder zur Erlangung der Versicherungssumme den Untergang seines Schiffes beabsichtigte, wobei er den Tod der Besatzung sicher voraussah. Für die Differenzierung Absicht (Versenkung des Schiffes) und dolus directus (Tod der Mannschaft) ist allein maßgebend: worauf es dem Täter ankam, obwohl doch beide Erfolge notwendig miteinander verbunden sind. [1]

cc) Zu bedenken ist allerdings, ob der Pflichtige auch dann absichtlich unterläßt, wenn es ihm zwar "auf den Erfolg ankommt", er jedoch nicht sicher weiß, ob er den Geschehensablauf auch wirklich beeinflussen kann oder aber es nur für möglich hält, daß das Geschehen zu dem erstrebten Erfolg führt. Für das Begehungsdelikt ist dies Problem ausgetragen und von der h.L. [2] anerkannt, daß es für die Absicht genügt, wenn sich der Täter den Erfolg nur als möglich vorstellt. Denn man will den absichtlich handelnden Skeptiker wegen der Stärke seines Wollens nicht nur mit dolus eventualis erfassen. [3] Und dies ist wohl daraus zu rechtfertigen, daß der Täter von seiner Zielvorstellung her die Mittel a u s w ä h l t und e i n s e t z t , die das erstrebte Ziel bedingt, wobei sich das Wollen an der Zweckbestimmtheit dieser Mittel ausrichtet und nicht primär an deren Eignung. [4] Bei der Unterlassung nun fehlt dem Pflichtigen die Möglichkeit, die Mittel nach seinem Willen unter dem Gesichtspunkt der Zweckbezogenheit

---

1) vgl. dazu insbes. ENGISCH, Untersuchungen, S. 147 ff; OEHLER in NJW 1966, 1636

2) siehe BAUMANN, AT, S. 376; ENGISCH, Untersuchungen, S. 150 ff; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 51; OEHLER in NJW 1966, 1634 m.w.N. Schwankend BGHSt 16, 1; 18, 248. Für "Eventualabsicht" GERMANN in SchwZStr. 77, 355

3) siehe BAUMANN, AT, S. 376

4) vgl. dazu OEHLER in NJW 1966, 1634/35.

auszuwählen, er ist auf das In-den-Dienst-nehmen der im konkreten Geschehen bereits wirkenden bzw. vorbestimmten Mittel angewiesen. Wegen der insoweit beschränkteren Bestimmungsmöglichkeit und Gestaltungsmacht meinen wir, daß der Pflichtige nur dann absichtlich unterlassen kann, wenn er über seine Fähigkeiten und die Zielrichtung des Geschehens Gewißheit besitzt. [1]

dd) Nach all dem halten wir die Möglichkeit einer Absicht auch beim Unterlassungstäter für gegeben. Das Streben richtet sich doch gerade auf den E r f o l g. Deshalb ist es unbeachtlich, ob der Pflichtige das Geschehen auch in Gang zu setzen vermag, es genügt vielmehr ein in Gang befindlicher Kausalverlauf, der wegen seiner Abhängigkeit vom Pflichtigen dessen Absicht tragen kann. [2] Den Pflichtigen auf ein "wissen" und "billigen" zu beschränken, wäre eine Verkennung menschlicher Fähigkeiten. Der Wollens i n h a l t bestimmt sich nicht allein von der Handlung her. Wenn ARMIN KAUFMANN den Vorsatz dennoch untrennbar mit dem Bewirkungswillen verknüpft, dann beruht das auch insbesondere darauf, daß er den Vorsatz gemäß der finalen Handlungslehre als Handlungselement betrachtet und somit zwischen den Voraussetzungen der Handlung einerseits und des Vorsatzes andererseits nicht mehr unterscheidet. Bei den Gegnern der Unterlassungsabsicht wirken sich die Schwierigkeiten aus, die sich ihnen bereits für die Bejahung der Unterlassungskausalität stellen. Und gerade deshalb, weil sie trotzdem eine Begehung der E r f o l g s delikte durch Unterlassen bejahen, sollten ihre Bedenken gegen die Absicht ebenfalls überwindbar sein.

---

1) Da es in dieser Arbeit nur darum geht, nachzuweisen, daß die Absicht nicht notwendig finalen Verwirklichungswillen voraussetzt, ist diese Problematik hier nur angedeutet.

2) Dem Anstoßen der Kausalkette kommt natürlich Beweiskraft für das Vorliegen der Absicht zu. Bei der Unterlassung mag es daher in der Mehrzahl der Fälle Beweisschwierigkeiten geben. Doch dies ist nur von prozessualer Bedeutung.

Wollte man die Absicht beim Unterlassen nicht anerkennen, so würden bestimmte psychische Sachverhalte sicherlich nicht richtig erfaßt. Dennoch bliebe aber in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle bei Annahme einer anderen Vorsatzart die Tatbestandsverwirklichung möglich. Wo jedoch das Gesetz die Absicht im hier gemeinten Sinne verlangt, besteht diese Möglichkeit nicht. Das trifft z.B. auf die Bereicherungsabsicht beim Betrug zu. [1] GRÜNWALD [2] hält daher auch einen Betrug, "begangen" durch Unterlassen für ausgeschlossen, während ARMIN KAUFMANN und SCHRÖDER diese Konsequenz nicht ziehen. [3]

3) Indem ARMIN KAUFMANN bei der Unterlassung den "Quasivorsatz" anerkennt, geht er seinen eigenen Weg zur Erfassung der strukturellen Besonderheiten der

---

1) z.B. auch für § 211, Abs. 2 StGB: "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken." Vgl. GRÜNWALD in Festschrift für H. MAYER, S. 291; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 71; WELZEL, LB, S. 72.

2) a.a.O., S. 291; wenn z.B. auch H. MAYER, LB, S. 152 sowie NAUCKE, Betrug, S. 106ff, 182ff Betrug durch Unterlassen verneinen und BOCKELMANN in Festschrift für Eb. SCHMIDT, S. 441 ff ihn nur in beschränktem Umfang anerkennt, so liegt doch die Problematik für sie nicht in der Absicht, sondern darin, inwieweit man überhaupt durch Unterlassen einen Irrtum "erregen" oder "unterhalten" kann. Dazu siehe SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263, Bem. 21.

3) Indem SCHRÖDER beim Unterlassen die Absicht i.S. zielgerichteten Handelns verneint, diese aber für § 263 StGB voraussetzt, müßte er eigentlich die Möglichkeit eines Betruges durch Unterlassen ablehnen. Das ist aber nicht der Fall. Also anerkennt er doch wohl eine Bereichungsabsicht beim Unterlassenden. Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 46 a, § 263, Bem. 21, 129. Bei ARMIN KAUFMANN ist die Situation insofern anders, als er den Vorsatzbegriff bei Unterlassungen überhaupt aufgibt und nur von "Quasivorsatz" spricht. Dieser Quasivorsatz könnte auch für § 263 StGB ausreichen. Dazu macht KAUFMANN aber keine Ausführungen. Eine Erfüllung des § 263 StGB durch Unterlassen hält er jedenfalls nicht für ausgeschlossen. Er fordert de lege ferenda eine Vertypung in Unterlassungstatbeständen.

Unterlassung. Wie wir meinen, ist diese, von dem bisherigen Vorsatzbegriff abweichende, besondere dogmatische Konstruktion aber nicht erforderlich, um der subjektiven Seite der Unterlassung gerecht werden zu können. Denn ein die Unterlassung einschließendes Verständnis des ursprünglich am positiven Tun ausgerichteten Vorsatzbegriffes ist möglich, sachgerecht und sinnvoll, ohne daß deshalb seine konstitutiven Merkmale entfallen müßten. Sie müssen nur entsprechend interpretiert werden. Und das gilt insbesondere auch für das voluntative Vorsatzelement. Die Andersartigkeit von Unterlassung und Handlung betrifft die Frage des I n h a l t s des Vorsatzes und nicht die seiner begrifflichen Möglichkeit auch bei der Unterlassung.

Ob der Unterlassungsvorsatz auch die schwerere Schuldart (für die finale Handlungslehre: Unrechtsart) von der leichteren richtig abzugrenzen vermag, ist eine weitere Frage. ARMIN KAUFMANN ist der Ansicht, daß der Unterlassungsvorsatz diese Vorsatz f u n k t i o n nicht zureichend erfüllen könne. [1]

a) Doch gerade weil es beim Vorsatz um die Voraussetzungen schwererer oder minder schwerer Bestrafung geht, muß es entgegen ARMIN KAUFMANN zulässig sein, von der "Beschreibung des Vorsatzes als psychischer Aktform" [2] abzuweichen. [3] Wie ein "Wollen" auch beim Unterlassen möglich ist, hat z.B. HARDWIG [4] darge-

---

1) er argumentiert mit Werterwägungen und kriminalpolitischen Überlegungen. Sie sollen nicht nur gegen die Annahme eines Unterlassungsvorsatzes, sondern insbesondere auch für seinen "Quasivorsatz" sprechen, der eine Ausweitung der Vorsatzstrafbarkeit mit sich bringt. Dazu im folgenden § 8 dieser Arbeit.

2) JESCHECK in Festschrift f. ERIK WOLF, S. 480

3) vgl. ENGISCH in Festschrift f. Eb. SCHMIDT, S. 104; KLUG in Festschrift f. EMGE, S. 48 f.

4) in ZStW 74, 27 ff

legt. Er bezieht den Willen zunächst und in erster Linie auf das Verhalten selbst. Hat sich nämlich der Täter in der Situation, etwas Bestimmtes zu tun oder nicht zu tun, für das Nichttun entschieden, hat er also "bewußt eine bestimmte Verwirklichungsmöglichkeit aus der Alternative des Ja oder Nein ergriffen", so soll das Nichttun auf einer Willensentscheidung beruhen, die durch das Verhalten verwirklicht werde. [1] Dieses Nichttun sei gewollt und stelle die Rechtsverletzung dar. Und da das Verhalten nicht von der Rechtsverletzung getrennt werden könne, habe der Unterlassende, der dieses Nichttun wolle und gleichzeitig um die Rechtsverletzung wisse, damit auch die Rechtsverletzung selbst gewollt. [2] Wenn ARMIN KAUFMANN dies als " 'Willentlichkeit' im Motivationsprozeß" bezeichnet, die den Vorsatz nicht begründen könne, [3] so verkennt er die wirkliche Bedeutung dieser Stellungnahme des tatmächtigen Willens für das konkrete Verhalten und damit für den Ablauf des Geschehens. Soweit sich andere Autoren [4] mit ARMIN KAUFMANN's Ansicht beschäftigt haben, heben diese ebenfalls auf die Willensentscheidung bezüglich des Verhaltens in der konkreten Situation ab und nicht auf die tätige, finale Steuerung der Kausalfaktoren. Dem entspricht es auch, wenn ROXIN [5] die "Vorausberechnung und Sinnerfassung des Geschehens" als wesentliche Vorsatzelemente heraushebt, denn er stellt

---

1) HARDWIG, a.a.O., S. 34 f, 42

2) HARDWIG, a.a.O., S. 38

3) ARMIN KAUFMANN im Hinblick auf HARDWIG's Lösung in Festschrift für v. WEBER, S. 221 f mit Anm. 36

4) vgl. LAMPE in ZStW 72, 102: "als beschließender Wille formt der Wille unser Sein"; E.A. WOLFF in Kausalität, S. 41, Anm. 20: es kommt an "auf die Entscheidung, nicht einzugreifen, in ihrer realen Bedeutung in der konkreten Situation"; dazu und insbesondere zu HARDWIG vgl. dort weiter S. 48, Anm. 27. Ebenso auch BGHSt 16, 159.

5) in ZStW 74, 530

sich dabei einen Pflichtigen vor, der sein Verhalten danach ausrichten kann und auch ausrichtet. Es ist daher verfehlt, wenn ARMIN KAUFMANN [1] ROXIN's Ansicht mit dem Beispiel des ausgerutschten und auf die Schalttafel einer Bergbahn zustürzenden A ad absurdum führen will. Denn A mag zwar "vorausberechnen", was geschehen wird -Scherben, Kurzschluß, purzelnde Passagiere in der Gondel- und "den Sinn erfassen" -Sachbeschädigung, Körperverletzung-, aber dennoch würde auch ROXIN hier keinen Vorsatz des A bejahen, da dieses Verhalten nicht von seinem Willen getragen ist.

b) Wie gerade letzteres zeigt, kann es natürlich auch einen Unterlassungsvorsatz nur dann geben, wenn eine tatmächtige Beziehung des Pflichtigen zum Geschehen als Bindeglied zwischen beiden besteht. Der Eintritt bzw. Nichteintritt des Erfolges muß sich als vom Willen des Pflichtigen abhängig darstellen und das muß er wissen oder doch für möglich halten. [2] Denn erst dadurch und nicht schon durch sein Nichttun an sich, kann sich der Unterlassende p o s i t i v zu dem Erfolg in Bezug setzen und damit ist das Geschehenlassen ein w i r k l i c h e s Z u l a s s e n. Es ist nicht nur Wunsch und auch nicht nur ein Sichdamit-abfinden. Nur dann, wenn der Unterlassende weiß, daß er handeln kann, vermag er im B e w u ß t s e i n s e i n e r T a t m a c h t S t e l l u n g z u n e h m e n, um gegebenenfalls seine Pflicht zu erfüllen oder s i c h zu versagen. Ob man dies auch dann ein Wollen nennen kann, wenn es dem Unterlassenden auf den Erfolg überhaupt nicht ankommt, er diesen aber im Bewußtsein seiner Tatmacht als sicher oder möglich voraussieht und dennoch nicht eingreift, mag hier dahingestellt bleiben.

---

1) in Festschrift f. v. WEBER, S. 218

2) das verlangt ARMIN KAUFMANN, wie wir unter § 8 dieser Arbeit noch sehen werden, für seinen "Quasivorsatz" nicht. Er läßt insoweit "Erkennbarkeit" genügen.

Auf jeden Fall entspricht dies der voluntativen Beziehung, die die h.L. und auch ARMIN KAUFMANN beim dolus directus und dolus eventualis des Begehungsdeliktes ausreichen lassen.

c) Mit Recht bejaht daher die h.L. [1] den Unterlassungsvorsatz immer dann, wenn eine bestimmte Handlung durch einen zu ihrer Vornahme Fähigen unterlassen wird, falls sich der Unterlassende der Möglichkeit ihrer Vornahme b e w u ß t ist. [2] Wenn ARMIN KAUFMANN [3] dazu feststellt, daß dies "gerade kein Vorsatz zu unterlassen, sondern der nicht realisierte Vorsatz zu handeln" sei, dann glauben wir, seine Ansicht erschüttert zu haben. Wir meinen mit ARTHUR KAUFMANN, daß "Finalität das In-den-Dienst-Nehmen der Kausalität auf ein Ziel hin ist" [4] und halten die Ansicht ENGISCH's [5] für treffend, daß man sehr wohl von einer finalen, einer gewollten, einer vorsätzlichen Unterlassung sprechen könne, wenn der Handlungsfähige einem sich vor seinen Augen abrollenden Geschehen seinen Lauf läßt, obwohl er hindernd oder ablenkend eingreifen könnte. Hier kommt die von WELZEL [6] früher betonte Zielsetzung der fHl zum Tragen, wonach sie die "soziale Realität" erfassen soll. An

---

1) So ausdrücklich GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 285, 303. Vgl. zum älteren Schrifttum KAUFMANN, Dogmatik, S. 66 ff, 73 ff, 79 ff; im neueren Schrifttum siehe MAURACH, AT, S. 506; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 10 vor § 43, § 59, Bem. 46, 46 a und besonders in Auseinandersetzung mit ARMIN KAUFMANN BAUMANN, AT, S. 364

2) Auf was sich der Vorsatz im einzelnen noch erstrekken muß, z.B. die Garantenpflicht, wird hier nicht untersucht, da sich diese Arbeit nur mit der Vorsatzproblematik befaßt, soweit sie darauf beruht, daß ARMIN KAUFMANN Unterlassungsvorsatz mangels aktiv gestaltenden finalen Verwirklichungswillens ablehnt. Auch kann hier der Streit Vorsatztheorie-Schuldtheorie dahinstehen.

3) in Dogmatik, S. 79, 80

4) ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 105

5) in JZ 1962, 190

6) LB, 2. Aufl., S. 93

eine Fragestellung ENGISCH's [1] anknüpfend läßt sich schließlich sagen, daß ARMIN KAUFMANN mit der Verneinung des Unterlassungsvorsatzes in Wirklichkeit der dem Finalismus eigentümlichen Lehre von der "Überdetermination" des kausalen Naturgeschehens widerspricht. Was ARMIN KAUFMANN's Ausführungen eigentlich besagen, ist, daß es bei der Unterlassung keinen B e g e h u n g s vorsatz gibt.

4) Hiermit ist die Möglichkeit eines Unterlassungsvorsatzes dargetan, der auch für die subjektive Seite des Unterlassungs v e r s u c h e s genügt. Wenn gerade für ihn ARMIN KAUFMANN [2] "aktives Wollen" verlangen zu müssen glaubt, weil sonst kein Stadium vor der Vollendung denkbar sei, so beruht auch diese Ansicht auf seinem einseitigen Festhalten an Handlungsvorstellungen. Daß Vorsatz und subjektive Versuchsseite identisch sind, ist ganz einhellige Meinung. Was ROXIN [3] in anderem Zusammenhang ARMIN KAUFMANN entgegengehalten hat, gilt hier ebenfalls: KAUFMANN's Gedankengang bleibt eine "petitio principii, denn nirgends steht geschrieben, daß der (Versuch) der Unterlassung einen Vorsatz erfordert, dessen Begriff KAUFMANN einseitig auf die Besonderheiten des Begehungsdeliktes zugeschnitten hat." Schließlich bejaht er doch auch die Möglichkeit eines vollendeten Unterlassungsdeliktes, ohne einen derartigen Vorsatz zu fordern. Würde er den Versuch als Durchgangsstadium auf dem Wege zur D e l i k t s vollendung betrachten und nicht nur nach dem Versuch des Unterlassens fragen, dann könnte er ihn mit dem Argument fehlenden Verwirklichungswillens nicht ausschließen. Das meint BAUMANN [4], wenn er gegen KAUFMANN ausführt: "der Begriff des

---

1) in JZ 1962, 190

2) in Dogmatik, S. 210; früher schon ROHDE, Diss., S. 86

3) in Täterschaft und Tatherrschaft, S. 470

4) in AT, S. 480

Versuches kennzeichnet lediglich ein bestimmtes Verhältnis zwischen Täterverhalten und Tatbestandserfüllung."

§ 8

Die Ausdehnung der Vorsätzlichkeit mit Hilfe des "Quasivorsatzes" und der Unterlassungsversuch.

ARMIN KAUFMANN [1] verneint den Unterlassungsvorsatz auch deshalb, weil "die W i s s e n s seite des Begehungsdeliktes" nicht auf das Unterlassungsverbrechen übertragen werden "darf". Sollte er recht behalten und könnte somit der hier vertretene Unterlassungsvorsatz nicht bestehen, dann wäre auch der Unterlassungsversuch ausgeschlossen. Dies würde zumindest insoweit der Fall sein, als der Quasivorsatz über den Unterlassungsvorsatz hinausreicht, weil damit die wesentlichen subjektiven Voraussetzungen des Versuches nicht mehr erfüllt wären. Oder ist eventuell eine Ausweitung des Versuchsbereiches geboten, z.B. durch Annahme eines "Quasiversuches"? [2]

I) Problematik

1) Vorsatzfunktion

ARMIN KAUFMANN meint, daß der hier dargestellte Unterlassungsvorsatz nicht die Funktion besitze, die schwerere Unrechtsart (für den Nichtfinalisten: Schuldform) von der leichteren abzugrenzen. [3] Dagegen wendet sich GRÜNWALD mit der Ansicht, daß dann, wenn das Geschehenlassen (bei Handlungsmöglich-

---

1) in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 223

2) dieser terminus stammt nicht von ARMIN KAUFMANN, sondern geht auf eine Anregung STREE's zurück, der in GA 1963, 6 von "Quasianstiftung" spricht. Konsequenterweise hätte KAUFMANN die Möglichkeit eines "Quasiversuches" prüfen sollen.

3) zur dogmatischen Funktion des Vorsatzbegriffes siehe KAUFMANN in Festschrift f.v. WEBER, S. 212

keit) als objektive Seite der Unterlassung der objektiven Seite der Handlung, dem Bewirken, entspreche, auch dem Wissen vom Geschehenlassen die gleiche Bedeutung zukommen müsse wie dem Wissen vom Bewirken. [1] Diese Gleichsetzung hält ARMIN KAUFMANN jedoch für unzutreffend [2], da der Unterschied schwerere/leichtere Schuldform keineswegs notwendig durch das Verhältnis zur unbewußten Schuld bestimmt sei. Wenn dies auch für die Begehungsdelikte noch zutreffen mag, [3] so sei eine solche Abgrenzung doch bei den Unterlassungsdelikten bereits im Ansatz verfehlt. Und dazu stützt er sich auf die grundsätzlich verschiedene Natur von Verbot und Gebot.

2) Stärkere Inanspruchnahme durch das Gebot

Danach genüge beim Unterlassungsdelikt zur "Wissensbasis" der Finalsteuerung [4] die Kenntnis der "tatbestandsmäßigen Situation", d.h. des Drohens des Erfolgseintritts, des Erfassens der möglichen Handlungsrichtung und des Vorliegens der Voraussetzungen der Garantenstellung. Denn hier komme die besondere Inanspruchnahme des Menschen durch das Gebot zum Tragen. Von der erkannten Situation her habe dieser nämlich über die Möglichkeit des Eingreifens nachzudenken und darin liege "bereits das erste Teilstück der Finalsteuerung." [5] Da das Gebot diesen Einsatz dem Menschen abverlange, mache es für den Unwert des Unterlassens keinen Unterschied, ob der Unterlassende die Eingriffsmöglichkeit im Einzelfall geprüft habe und sich ihrer damit bewußt ist oder nicht. Ja KAUFMANN behauptet sogar, daß derjenige, der sein Eingreifen erst gar nicht bedenke, sich den Anforderungen

---

1) GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 291

2) siehe dazu besonders in Festschrift f. H.v.WEBER, S. 229; Dogmatik, S. 40 ff

3) die Schuldtheorie bedeutet insoweit eine gewisse Durchbrechung.

4) dazu ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 42

5) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 319

des Rechts verschließe und somit die "schwerste Schuld" trage. [1]

3) Werterwägungen

Der tiefere Grund für die Gleichstellung dieser Fälle mit dem Begehungsvorsatz ist wohl in der Überlegung ARMIN KAUFMANN's zu suchen, daß sich dem Pflichtigen, der die Situation erkennt und der an der Abwendung i n t e r e s s i e r t ist, der mögliche Ablauf einer Rettungshandlung geradezu von selbst "ins Bewußtsein hebt." [2] Damit könne das Bewußtsein eigentlich nur bei Desinteresse fehlen, also den Fällen der Gleichgültigkeit, der Ruch- und Gefühllosigkeit bzw. den Fällen, in denen der Pflichtige mit dem Geschehensablauf voll und ganz einverstanden sei. Und wollte man hier nur Fahrlässigkeit annehmen, so würden diese Täter günstiger gestellt. Das aber sei durch das Rechtsempfinden "zwingend" verboten sowie auch kriminalpolitisch unhaltbar. [3] So soll dem vorsätzlichen Begehungsdelikt ein Unterlassungsdelikt gleichstehen, das sich in der Nichtvornahme der Handlung durch den objektiv tatmächtigen Pflichtigen erschöpft, der Kenntnis von der tatbestandsmäßigen Situation hat und dem seine Handlungsmöglichkeit wenigstens erkennbar war.
Diese Werterwägungen und kriminalpolitischen Überlegungen scheinen entscheidenden Einfluß auf die Ausführungen ARMIN KAUFMANN's gehabt zu haben. [4]

---

1) ARMIN KAUFMANN in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 229

2) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 43

3) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 116 f, 319; in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 224 ff

4) vgl. dazu bes. ARMIN KAUFMANN's Darstellung in der Festschrift f. H.v. WEBER, wo "er unbefangen von Theorien und Konstruktionen an die Dinge" herangeht (S.224) und die "Kriterien" aufzeigt, die "diese Bewertung nach dem Rechtsempfinden" tragen (S. 226). Wie sollte sich auch aus der Vorsatzdogmatik ergeben, daß es beim Unterlassen auf das Bewußtsein der Handlungsmöglichkeit nicht ankommen kann? Ist die Grenzziehung "Quasivorsatz"-Fahrlässigkeit nicht ebenfalls aus dem Rechtsempfinden geboren,

4) Lösungswege und "Quasivorsatz"

Diese Gleichstellung mit den vorsätzlichen Begehungsdelikten hätte auf verschiedene Weise [1] dogmatisch erreicht werden können. So über die Lehre vom Verbotsirrtum. Dieser hätte dann natürlich den Irrtum über die Handlungsmöglichkeit einbegreifen müssen. [2] Oder aber durch Konstruktion eines anderen Vorsatzbegriffes.

Die erstere Möglichkeit scheidet für ARMIN KAUFMANN schon deshalb aus, weil er den Vorsatz wegen Fehlens des voluntativen Elementes nicht annehmen kann. Aber er schafft mit seinem "Quasivorsatz" auch keinen neuen Vorsatzbegriff. Dieser ist vielmehr eine Sammelbezeichnung all der Unterlassungsfälle, die vorsätzlich i.S. der F u n k t i o n sind, wie sie dem Vorsatz beim Begehungsdelikt zukommt. [3] Welche Elemente ihn positiv kennzeichnen und begrifflich von der Fahrlässigkeit abheben, wird nicht gesagt, sondern es wird der die "Unterlassungsvorsätzlichkeit" enthaltende subjektive Tatbestand durch Gleichwertung mit dem Begehungsvorsatz festgelegt. Quasivorsätzlich sind danach all die Unterlassungen, bei denen der Pflichtige nicht wenigstens einen "fehlschlagenden, weil unzweckmäßigen Versuch zur Gebotserfüllung macht." Wer nämlich diesen Versuch unter-

---

4) (Forts.) wenn hier maßgeblich sein soll: "die entscheidende Wertdifferenz zwischen dem Fehlen jeder Handlung seitens des Aktfähigen und der Vornahme eines immerhin untauglichen Versuchs" (Dogmatik, S. 114)? Dafür spricht auch der Satz: "... beim Unterlassungsdelikt muß jede ernsthafte Betätigung eines 'guten Willens' Berücksichtigung finden"(Dogmatik, S. 149).

1) siehe BAUMANN, AT, S. 410

2) Das wäre z.B. dem möglich, der die Schuldtheorie vertritt und der Ansicht BAUMANN's, AT, S. 182 folgt, wonach die Unmöglichkeit Rechtfertigungsgrund sei. BAUMANN selbst jedoch vertritt die Vorsatztheorie und verlangt demnach zum Vorsatz ein aktuelles Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

3) vgl. dazu KAUFMANN in WEBER-Festschrift, S. 212 mit Anm. 14; Dogmatik, S. 115 mit Anm. 66, S. 120. Es findet sich nirgends eine Definition dieses "Quasivorsatzes".

nimmt, könne allenfalls fahrlässig handeln, da die fehlende Sorgfalt ein typisches Kriterium der Fahrlässigkeit sei. [1]
Er bestimmt also die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Unterlassung nach der Sorgfaltslosigkeit der vorgenommenen Erfüllungs h a n d l u n g. Dieses Ergebnis scheint uns einmal mehr die allzu enge und einseitige Orientierung ARMIN KAUFMANN's an der Handlung zu beweisen, die von vornherein sachgerechte Ergebnisse für die Unterlassung unwahrscheinlich machen muß. Wir wollen jedoch die Richtigkeit seiner Ansicht nicht unmittelbar an seinen Konstruktionen weiterverfolgen, sondern prüfen, ob nicht auch der Unterlassungsvorsatz der h.L. den von ARMIN KAUFMANN aufgezeigten Bedenken gerecht zu werden vermag.

II) Der Unterlassungsvorsatz der h.L. wird den "neuralgischen" Fällen gerecht

1) Wir gehen dabei von dem dargestellten Vorsatzbegriff aus, der das B e w u ß t s e i n der Handlungsmöglichkeit erfordert. Er soll sich an den Fällen bewähren, die ARMIN KAUFMANN für die eigentlich kritischen hält und die seine Lösung rechtfertigen sollen. [2]

---

1) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 114, 115

2) Siehe die Fälle in Festschrift f. v. WEBER, S. 224 f. Von den Fällen 3 bb), 4, 5, 6 kann abgesehen werden, da über deren Einordnung in den Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsbereich zwischen KAUFMANN und der h.L. Einigkeit besteht. Der wesentliche psychische Befund der eigentlich problematischen Fällen sei kurz dargestellt:
(1) Der Pflichtige versagt sich von vornherein dem Gedanken der Hilfeleistung, weil ihm der Tod des Verletzten sehr gelegen kommt. Die Erfolgsabwendungsmöglichkeit bedenkt er keinen Augenblick.
(2) Hier ist der Pflichtige nicht einverstanden, sondern, weil er sich in Eile befindet, dem Erfolgseintritt gegenüber gleichgültig. Über die "zweckmäßigste Hilfsmaßnahme und deren Durchführbarkeit denkt er sicherlich nicht nach."
(3) Der Pflichtige schwankt, er würde zwar gerne helfen, andererseits wünscht er sich den Tod des

Wenn er behauptet, [1] daß die h.L. in diesen Fällen auf Fahrlässigkeit abkomme, so hat er unrecht. Das Gegenteil zeigen beispielsweise die Erörterungen des ehemaligen Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone im Teigmaschinen-Fall. [2]
ARMIN KAUFMANN unterschiebt hier nämlich ein bestimmtes Verständnis des "aktuellen Bewußtseins." Dessen Bereich und damit auch die Frage, wie konkret die Vorstellung für den Vorsatz hinsichtlich der Handlungsmöglichkeit sein muß, ist jedoch noch keineswegs abgeklärt. Wir haben es hier mit veränderlichen Größen zu tun, deren Grenzbereich wissenschaftlich noch immer umstritten ist. So können denn auch weniger intensive Formen des Bewußtseins für die Annahme der Vorsätzlichkeit ausreichen. Hier m u s s die weitere Untersuchung ansetzen.

2) Das "aktuelle Bewußtsein" und die Gleichgültigen, Ruchlosen u.a.

Zur neueren Diskussion um das "aktuelle Bewußtsein" gibt PLATZGUMMER [3] einen guten Überblick. Dieser zeigt, wie man auch beim Begehungsvorsatz der Ansicht

---

2) (Forts.) Verletzten, bzw. möchte er schnell sein Reiseziel erreichen. Zur Hilfe entschließt er sich letztlich nicht, sei es, weil er diese innerlich ablehnt, sei es, weil die Zeit einfach verstrichen ist. Über die Rettungsmöglichkeit hat der Pflichtige gar nicht reflektiert, noch nicht einmal dazu hatte er sich durchgerungen.

1) ARMIN KAUFMANN in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 226

2) OHGSt 1, 359 ff. Der verhaßte Arbeitskollege N war in den Bottich einer eingeschalteten Teigmaschine gefallen. Von deren Knethebel wird er in die Teigmasse gedrückt und droht zu ersticken. Sein Kollege schaut zu und unternimmt keine Rettungshandlung. N stirbt schließlich. Der OHG erörtert hier die Möglichkeit des Abstellens der Maschine und führt aus: "Eine solche Maßnahme (ist) nach aller Erfahrung regelmäßig die erste natürliche und unwillkürliche Reaktion aller, die eine solche Gefahr bemerken. Ein damit in Widerspruch stehendes Verhalten (ist) oft auf einen bewußten, bald nach dem Bemerken der Gefahr gefaßten Entschluß zurückzuführen." (S. 362)

3) in Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 14 ff.

ist, daß ein Festhalten an einem rational verstandenen Dran-Denken eine w e r t g e r e c h t e Entscheidung nicht immer ermögliche. [1] Von diesem Erfordernis ist man daher immer mehr abgewichen und verlangt vom Täter keine Reflexion mehr und auch nicht, daß er jedem einzelnen Tatumstand seine volle Aufmerksamkeit zuwendet. Aber man fordert weiterhin eine gewisse geistige Zuwendung und die hier verbleibende Problematik versucht man von der psychologischen Grundlage her mit den Kategorien des "Bewußtseins am Rande" und des "Mitbewußtseins" zu lösen. [2]

So sind auch beim Begehungsdelikt die Erfordernisse an die "Aktualität" des Bewußtseins immer mehr herabgesetzt worden und es ist nicht einzusehen, warum Gleiches nicht auch für die Unterlassung gelten soll. Allerdings besteht eine Besonderheit der Unterlassung insoweit, als der Pflichtige hier das Geschehen eben nicht seinem Plan gemäß originär in Gang setzt, sondern zu einem bereits ablaufenden Geschehen in Beziehung steht. Beim Handelnden ist eine gewisse Zuwendung, ein innerer Kontakt zum Geschehen notwendig vorhanden, woran man für das "Bewußtsein am Rande" bzw. das "Mitbewußtsein" anknüpfen kann. Bei der Unterlassung hingegen muß der Pflichtige zuerst einmal "angeregt" werden. Doch da zum Unterlassungsvorsatz zumindest die Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation gehört und diese vielfach Gefahrmomente [3] in sich trägt, wird der Täter auch bei der Unterlassung unmittelbar durch das Geschehen und

---

1) insbesondere hinsichtlich gewisser Tatumstände z.B. des Alters des mißbrauchten Kindes in § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB und bei Affekt- und Augenblickstaten.

2) Diese weitgehende Einbeziehung psychologischer Erkenntnisse k e n n z e i c h n e t PLATZGUMMER's Arbeit. SCHMIDHÄUSER argumentiert neuerdings in der Festschrift f. H. MAYER, S. 317 ff mit den termini "Sprachdenken" und "Sachdenken."

3) dazu besonders SAUER in Strafrechtslehre, S. 93 ff und ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 20 ff.

sich damit verbindende Assoziationen engagiert. [1] Gerade letztere sind der Grund dafür, warum dem Pflichtigen die Handlungsmöglichkeit, obwohl als solche nicht sinnlich wahrnehmbar, doch ohne weitere Reflexion bewußt sein kann.
Es ist daher wenig überzeugend, wenn ARMIN KAUFMANN das Fehlen dieses Bewußtseins auf mangelndes Nachdenken zurückführt. Kann es sogar ohne Reflexion bestehen, dann können es sowohl der Gleichgültige als auch der mit dem Geschehen Einverstandene haben. Übrigens ist es schwer vorstellbar, wie sich jemand absichtlich, aber ohne zu bedenken, der Hilfeleistung versagen kann. Der Reflexion entscheidende Bedeutung beizumessen, ist aber auch deshalb verfehlt, weil sich z.B. im Pflichtigen beim Anblick des Geschehens sofort eine falsche Vorstellung festsetzen kann, mit der Folge, daß es zu gar keinem Nachdenken über bzw. Suchen nach Rettungsmöglichkeiten kommt. [2] Hier führt, wie GRÜNWALD nachweist, die Ansicht ARMIN KAUFMANN's zu untragbaren Ergebnissen, denn in dem, in der vorstehenden Anmerkung genannten Beispielsfall müßte die Mutter wegen "quasivorsätzlicher Tötung nach § 212 StGB bestraft werden. [3] Bedenkt man

---

1) Wer z.B. einen Menschen ertrinken sieht, der ist sich sofort der Notwendigkeit einer Rettung bewußt und wird diese auf sich beziehen. Seiner Fähigkeit zur Abwendung wird er sich insbesondere dann bewußt sein, wenn er selbst schon Menschen aus Lebensgefahr gerettet oder über Rettungsaktionen gelesen hat.

2) so GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 293. Die Mutter hat z.B. das Kleinkind in ihrem weit abseits vom Dorfe stehenden, einsamen Hause vorübergehend allein gelassen. Als sie zurückkommt steht das Haus in Flammen. Das Kind herauszuholen, sowie jede wirksame Löschung scheinen ihr ausgeschlossen und sie empfindet entsetzliche Trauer. Auf den Gedanken, daß das Kind durch Einstieg über eine im Schuppen befindliche Leiter in das Hinterhaus zu retten gewesen wäre, kommt sie nicht.

3) ARMIN KAUFMANN meint in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 226; Dogmatik, S. 111 ff, 172 ff. S. 111: da sie eben überhaupt nicht geprüft, nicht, auch nicht mangelhaft geleistet hat, denn sie "hätte 'nicht eher ruhen sollen', ehe sich ein Weg gefunden hatte."

weiter, daß dann, wenn sie wenigstens nach einer Rettungsmöglichkeit gesucht hätte,"Vorsätzlichkeit" entfallen würde, [1] dann bestehen wirklich berechtigte Zweifel daran, ob ARMIN KAUFMANN mit seiner Abgrenzung den unterschiedlichen Unrechtsgehalt von Vorsatz und Fahrlässigkeit trifft. Und dieses Beispiel zeigt zudem, daß selbst bei intensiver Anteilnahme eine bewußte Unterlassung nicht notwendig vorliegen muß. [2]

Die Einstellung des Pflichtigen, seine Gleichgültigkeit, Ruchlosigkeit etc. hat daher für die Frage des Bewußtseins keine entscheidende Bedeutung. Wie BAUMANN [3] zudem nachweist, handelt es sich hier im Grunde um die gleiche Problematik, wie sie in den Fällen der Rechtsblindheit und der Rechtsfeindschaft begegnet. Wenn BAUMANN meint, daß das "menschliche Gewissen nie völlig zum Schweigen gebracht" werden könne [4], so anerkennt SCHMIDHÄUSER dasselbe in dem Phänomen des "sachgedanklichen Bewußtseins" [5] und die in der Assoziationslehre wurzelnden weiteren Lösungsbemühen [6] zum Nachweis des aktuellen Bewußt-

---

1) nach ARMIN KAUFMANN's Ausführungen in Dogmatik, S. 111 ff hätte man annehmen können, daß er auch in diesem Fall Vorsätzlichkeit bejaht, da die Pflichtige ja nicht in Richtung der Gebotserfüllung tätig geworden ist. Doch in der Festschrift f. H.v. WEBER, S. 225 Fall 5, 226 stellt er klar, daß die Tätigkeit "auch im Subjektiven, im Prüfen liegen kann." Hier ist demnach allenfalls Fahrlässigkeit möglich. - Es ist jedoch für einen Finalisten, der sonst Tätigkeit im Sinne von Körperbewegung versteht und auch mit einem entsprechenden Verwirklichungswillen argumentiert, ungereimt, wenn er nun auf einmal als Tätigkeit auch innere Vorgänge im Menschen begreift. ARMIN KAUFMANN ist hier wohl von der Erkenntnis bestimmt worden, daß sich die Annahme von Vorsatz in derartigen Fällen nicht rechtfertigen ließe.

2) siehe S. 102, Anm. 2

3) AT, S. 364

4) BAUMANN, AT, S. 408/409

5) SCHMIDHÄUSER in Festschrift f. H. MAYER, S. 326 ff

6) vgl. EXNER in Fahrlässigkeit, S. 145 ff und bes. PLATZGUMMER, Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 63 ff m.w.N.

seins liegen auf derselben Ebene. Denn der Mensch speichert auf Grund seines Erlebens durch Verbot oder Gebot betroffene Handlungsmöglichkeiten, und das gilt besonders für die "grundlegenden Normen des sozialen Zusammenlebens." [1] Diese sind ihm unmittelbar verfügbar und sie treten "bei entsprechendem Erleben mit seelischer Notwendigkeit ins Bewußtsein." [2] Und von dieser Position aus meint SCHMIDHÄUSER dann überzeugend gegen KAUFMANN: "daß etwa jemand einen anderen ertrinken sieht und trotz der augenscheinlichen Möglichkeit eigenen rettenden Handelns an ein Eingreifen und an das Gebot der Rettung überhaupt nicht denkt, das gibt es nicht, -es sei denn, der Unterlassende sei geisteskrank und erlebe zum Beispiel als Schizophrener eine ganz andere Wirklichkeit, als sie der geistig Gesunde vor Augen sieht." [2]

Damit bilden die Normalfälle der Gleichgültigen und Ruchlosen für den Unterlassungsvorsatz keine spezifische Problematik. Fälle besonders abgestumpfter und hartgesottener Täter, in denen sich auch gar "nichts regt", müssen von der hier aufgeworfenen Problematik um das intellektuelle Vorsatzelement unter dem Gesichtspunkt "pathologischer Bewußtseinsstörung" ausgeschieden werden. [3] Für ARMIN KAUFMANN fehlte es dann schon an der Handlungsfähigkeit. [4]

3) Weitere Fälle, die nicht in den Vorsatzbereich gehören

So bleiben noch die Fälle übrig, in denen die Eingriffsmöglichkeit dem Pflichtigen zwar e r k e n n b a r war, sie ihm jedoch nicht bewußt geworden ist.

---

1) BAUMANN, AT, S. 409; SCHMIDHÄUSER, a.a.O., S. 329, 330

2) SCHMIDHÄUSER, a.a.O., S. 330/31

3) vgl. SCHMIDHÄUSER, a.a.O., S. 333

4) vgl. Dogmatik, S. 38 f, 111

Dies können nach dem eben aufgezeigten weiten Bereich des Bewußtseins nur noch wenige Fälle sein. Allein sie bleiben aus ARMIN KAUFMANN's Beweisführung übrig. Und so stellt sich nunmehr die Frage, [1] ob diese Fälle die herrschende Lehre aus den Angeln heben können. Soll denn der unbewußt Unterlassende, dem die Vorstellung seiner Handlungsmöglichkeit v ö l l i g fehlt, wirklich dem Täter gleichgestellt werden müssen, der die Folgen seines Handelns vorhersieht und trotzdem handelt? Soll er gar noch strafwürdiger sein, weil die Unkenntnis auf Gewissenlosigkeit beruht?
Letztere Frage mag man vielleicht"intuitiv" bejahen. Jedoch kann die hinzukommende Gewissenlosigkeit den rein psychologischen Sachverhalt nicht ändern. Eine Vorsatzstrafbarkeit ist hier nicht zu rechtfertigen. [2] Das gilt sicher dann, wenn der Täter auf Grund verfehlter Lebensentscheidung oder Lebensführung, sogenannter Lebensführungsschuld, in eine derartige geistige Verfassung gelangt ist, daß er für sittliche und rechtliche Gebote nicht mehr ansprechbar ist. [3] Dieser Pflichtige "gehört nicht vor den Richter, sondern in eine Heil- oder Pflegeanstalt". [4]

Weiter erwähnt KAUFMANN noch die Fälle, daß sich der Pflichtige deshalb nicht der Handlungsmöglichkeit bewußt wird, weil er voll und ganz mit dem "Ge-

---

1) so auch BAUMANN, AT, S. 364; GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 295

2) HALL meint zwar in Festschrift f. MEZGER, S. 233: "ein ganz leeres Gewissen ist ebenso schlecht, wie ein mit Bosheit voll beladenes."

3) Gegen die Lebensführungsschuld hat sich die ganz überwiegende Lehre ausgesprochen, vgl. BAUMANN, AT, S. 337 ff m.w.N. Sie war insbesondere von MEZGER vertreten worden. (vgl. u.a. StB I, 9. Aufl., §§ 69 II, 107 II)

4) BAUMANN, AT, S. 339

schehensablauf einverstanden" ist. [1] In diesen Fällen wird das Bewußtsein außerordentlich selten fehlen. Wer nämlich wirklich einverstanden ist, hat stets eine gewisse Kenntnis der Zusammenhänge, mit der sich Assoziationen verbinden werden. [1] In Fällen dennoch fehlenden Bewußtseins wendet sich ENGISCH überzeugend gegen eine Vorsatzstrafe, denn hat der Unterlassende wirklich überhaupt keine Vorstellung von seiner Handlungsmöglichkeit, "dann mag ihm der Erfolg noch so willkommen sein, das Einverständnis wiegt hier nicht schwerer als z.B. beim dolus subsequens." [2] Und daran vermag auch ARMIN KAUFMANN's Kritik [3] nichts zu ändern. Sicher trifft diese Bezugnahme ENGISCH's insoweit nicht völlig, als das "Einverständnis" nach ARMIN KAUFMANN hier nicht konstitutiv für das Vorliegen der "Vorsätzlichkeit" ist und dies auch schon zu einem Zeitpunkt besteht, in dem ein Eingreifen noch möglich wäre. Aber ENGISCH will doch nur eine Parallele ziehen und sie trifft deshalb, weil es schlechthin an jeder inneren tatmächtigen Beziehung des Pflichtigen zum Geschehen und zum Erfolg fehlt. [4]

Übrig bleiben schließlich noch die Fälle, in denen das Bewußtsein der Eingriffsmöglichkeit aus irgend welchen anderen Gründen völlig fehlt, z.B. auch aus Leichtfertigkeit. Hier drängt sich der Vergleich mit der Fahrlässigkeit des Begehungsdeliktes geradezu auf. Wenn KAUFMANN dennoch auch hier Vorsätzlich-

---

1) So ist es zu verstehen, wenn ANDROULAKIS zum Teigmaschinenfall behauptet: "Niemand würde den Gedanken fassen, den Unterlassungsvorsatz des Bäckergehilfen zu verneinen." (Unechte U'Del., S. 262, Anm. 60)

2) ENGISCH in JZ 1962, 190

3) in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 228 f

4) GRÜNWALD in Festschrift f.H. MAYER, S. 295 meint: die Einstellung dieses Pflichtigen "unterscheidet sich nicht von der des Sohnes, der beim Ruf an das Sterbebett seines Vaters keine Trauer empfindet oder gar dem Erbfall erwartungsvoll entgegenblickt. Man mag ... diese Einstellung 'ruchlos' nennen. Grundlage für eine Zurechnung des Todes oder für einen Schuldvorwurf kann sie nicht sein."

keit bejaht, so liegt das daran, daß für ihn die Frage der Fahrlässigkeit bei der Unterlassung nur im Zusammenhang mit einer Gebotserfüllungs h a n d l u n g auftreten kann. Denn, so sagt er, "schlägt die auf Erfüllung des Gebotes gerichtete Handlung fehl, so ist zu prüfen, ob dieses Fehlschlagen auf einem Sorgfaltsmangel beruht, der gegebenenfalls als Fahrlässigkeit strafbar sein kann." [1] Doch dieser unsachgemäß verengten, weil einseitig an der Handlung ausgerichteten Lösung kann nicht gefolgt werden. Ihre ungerechten Ergebnisse, sprechen gegen sie selbst. Denn der würde z.B. fahrlässig unterlassen, dem vielleicht "zufällig" die Notwendigkeit einzugreifen in den Kopf geschossen ist und der nun auf Grund seiner oberflächlichen Prüfung (darin liegt die "Handlung" mit Gebotserfüllungstendenz) zu der Erkenntnis kommt, daß er nicht helfen kann. Er kann doch nicht besser stehen, als der andere, der schon diesen ersteren Gedanken nicht hat. Beide trifft derselbe Vorwurf der Vermeidbarkeit ihres Versagens und dieser Vorwurf entspricht genau dem der Fahrlässigkeit.

So läßt sich als Ergebnis feststellen, daß eine Ausdehnung des Bereiches der Vorsätzlichkeit auf Fälle unbewußten Unterlassens nicht geboten erscheint. Ein Abweichen vom Unterlassungsvorsatz der h.L. ist nicht erforderlich, da er auch den "neuralgischen Fällen" gerecht wird. Eine weitergehende Ausdehnung des Vorsatzbereiches ist nicht zulässig, da auf die psychische Komponente nicht völlig verzichtet werden darf. Die Vorsatzstrafbarkeit ist auch bei der Unterlassung nur dann zu vertreten, wenn der Pflichtige über die Kenntnis der Tatumstände hinaus sich seiner Handlungsmöglichkeit bewußt ist. [2] ARMIN KAUFMANN's Wert-

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 170. Bedenken gegen diese Abgrenzung der Fahrlässigkeit bei SCHULTZ in SchwZStW 77, 210. Vgl. auch unten S. 113

2) so ENGISCH in JZ 62, 190; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Bem. 46; SCHULTZ in SchwZStW 77, 210. Für Gleichbehandlung der Gleichgültigen, Ruchlosen etc. bei Handlung und Unterlassung ausdrücklich BAUMANN, AT, S. 364; GRÜNWALD, a.a.O., S. 296

erwägungen konnten also die h.L. [1] nicht erschüttern und in diesem Rahmen ist auch der Unterlassungsversuch möglich. Zu einer abweichenden Konstruktion, z.B. eines "Quasiversuches", besteht kein Anlaß. Denn bei all seinen Erörterungen hat ARMIN KAUFMANN die Frage zu wenig bedacht, die SCHMIDHÄUSER folgendermaßen formuliert: "Zu fragen ist eben nicht nur, welche Tat der Täter gegenüber der Rechtsgemeinschaft zu verantworten hat, sondern auch, ob die Rechtsgemeinschaft die Strafe gegenüber dem Täter verantworten kann." [2]

## § 9

Der Unterlassungsversuch ist auch dann möglich, wenn es nicht zum Entschluß i.S. einer abschließenden Stellungnahme gekommen ist.

I) Problematik

Daß es am Willensentschluß, am Wollen bei der Unterlassung nicht zu fehlen braucht, haben wir nachgewiesen. Hinsichtlich des intellektuellen Vorsatzelementes ergaben sich ebenfalls keine Schwierigkeiten. Eine Besonderheit des Unterlassens besteht jedoch darin, daß ein Unterlassen, anders als das Tun [3], auch vorliegen kann, ohne daß der Pflichtige diesbe-

---

1) Die in Anm. 2 der Vorseite Genannten sowie ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 30 ff, 217; GALLAS in ZStW 67, 41; HARDWIG in ZStW 74, 27; LAMPE in ZStW 72, 98 ff; MAURACH, AT, S. 506; ROXIN in ZStW 74, 530; STREE in GA 1963, 5 ff und die einhellige Rspr. Sie geht von der Gleichstellung mit dem Begehungsvorsatz aus und sieht keine besonderen Probleme.

2) SCHMIDHÄUSER in Festschrift f. H. MAYER, S. 336

3) Tun ist Willensbetätigung und dieser muß eine Willensentscheidung vorangehen.

züglich eine vorangehende positive Willensentscheidung getroffen haben müßte. Als Beispiel möge folgender Fall H. MAYER's [1] dienen: In der Nähe des Molenkopfes gerät ein unvorsichtiger Schwimmer in einen Strudel. Spaziergänger schauen untätig zu, obwohl jeder einzelne weiß, daß jetzt dem Schwimmer der Rettungsring zugeworfen werden müßte, bevor ihm die Kräfte schwinden. Gemeint sind hier also die Fälle der Unentschlossenen, sei es, daß sie hinsichtlich ihres Tätigwerdens schwanken, sei es, daß sie einfach gleichgültig, "ruchlos" etc. sind.
Soll es hier, wie H. MAYER [1] meint, deshalb am Vorsatz und damit auch am Unterlassungsversuch fehlen, weil es am Willen als dem "zum Entschluß gekommenen Bewußtsein" mangelt? Daß diese Frage beim Begehungsvorsatz "überdeckt" wird, weil dort ja schon zur Willensbetätigung schlechthin ein Willensentschluß erforderlich ist, darauf weist besonders HARDWIG [2] hin. Dort taucht nämlich die Problematik um den Willensentschluß bei dolus directus (nicht der Absicht) und dolus eventualis gleichfalls auf. Kommt es aber, wie wir oben unter § 7 III 1 bereits festgestellt haben, für diese beiden Vorsatzarten auf den Verwirklichungswillen überhaupt nicht an, dann kann das Fehlen des Willensentschlusses diese auch nicht ausschließen. Hier ist allein entscheidend, daß der Pflichtige zu dem Geschehen in einer bewußten, tatmächtigen Beziehung steht. Da es diesen Pflichtigen aber nicht auf den Erfolg ankommt, kann natürlich keine Absicht vorliegen.

II) dolus eventualis bei den Schwankenden

Die psychologische "Stellungnahme" beim dolus eventualis liegt darin, daß sich der Täter den Erfolg als möglich vorstellt und in Kauf nimmt. Der Schwankende

---

1) in LB, S. 247

2) HARDWIG in ZStW 74, 34, Anm. 6

kann nun aber sehr wohl erkennen, daß der Erfolg bei seiner weiteren Unschlüssigkeit s i c h e r eintreten bzw. nicht abgewendet werden wird. [1] Liegt dann nicht sogar dolus directus vor? Wir meinen nein, denn eine U n s i c h e r heit bleibt, nämlich die, ob der Schwankende nicht eventuell doch noch eingreifen und somit den Erfolgseintritt abwenden wird. So scheint ihm selbst der Erfolgseintritt nicht gewiß, sondern allenfalls möglich. Diese innere Unsicherheit des Schwankenden darf nicht unberücksichtigt bleiben.
Dabei handelt es sich aber nicht nur um einen "bedingten Willen" zu unterlassen und Vorsätzlichkeit ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt auszuschliessen, daß es der Pflichtige ja letztlich nicht zum Erfolgseintritt kommen lassen will. Es ist daher in diesen Fällen MAURACH [2] zuzustimmen, wenn er ausführt: "Wer sich nicht zur Hilfeleistung aufraffen kann, nimmt in Kauf, daß seine Hilfeleistungs-

---

1) das meint wohl KAUFMANN in Festschrift f. H. WEBER, S. 223, Anm. 37, wenn er MAURACH entgegenhält: "das 'Inkaufnehmen' bezieht sich hier auf das, was die Rettungspflichtigen m i t S i c h e r h e i t erkennen!" Wenn HARDWIG in ZStW 74, 34, Anm. 6 dolus eventualis anerkennt, so meint er dies nicht im Hinblick auf die unentschlossenen Pflichtigen, sondern er hält ihn deshalb für möglich, weil der Erfolg bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht stets notwendig eintreten muß und insoweit beim Pflichtigen hinsichtlich seines Eintrittes Ungewißheit bestehen kann. Das ist aber der übliche Fall, der hier vorausgesetzt wird. Fehlt es an einer "psychisch abschließenden Stellungnahme", so spricht HARDWIG von einem "Wollen im Sinne des Rechtes" (S. 35, Anm. 8, 43, Anm. 12) und bejaht Vorsätzlichkeit.

2) MAURACH, AT, S. 506. Er fordert die Gleichstellung "der Nichtaufbringung des Entschlußes" mit dem Vorsatz nicht nur aus kriminalpolitischen Gründen, sondern hält die Unterscheidung auch für dogmatisch nicht geboten.

pflicht überhaupt nicht betätigt wird. Damit ist der bedingte Vorsatz gegeben."

III) dolus directus und dolus eventualis bei den Gleichgültigen u.a.

MAURACH scheint dolus eventualis wohl in allen Fällen des "Nichtaufbringens des Entschlusses" anzunehmen, also auch bei den Gleichgültigen und "Ruchlosen." Hier beachtet er jedoch zu wenig die Voraussetzungen des dolus eventualis, denn es kommt hierfür nicht nur auf das Inkaufnehmen an, sondern wesentlich gerade auf das Fürmöglichhalten. Während man aber bei den Schwankenden aufgrund ihrer Ungewißheit über ihr eigenes künftiges Verhalten diese Möglichkeitsvorstellung annehmen durfte, gilt doch gleiches nicht für diese Pflichtigen. Unseres Erachtens ist bei den Gleichgültigen und "Ruchlosen" nicht mit der Möglichkeit des Eingreifens zu rechnen, hier ist vielmehr das Nichttätigwerden geradezu der Regelfall und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten. [1] Deshalb bejahen wir hier den psychischen Befund des dolus directus. Dolus eventualis ist nur dann gegeben, wenn es dem Pflichtigen ungewiß bleibt, ob er überhaupt eingreifen könnte, oder dann, wenn er nicht sicher weiß, ob das Geschehen zum Erfolg führen werde.

## § 10

Das "Umkehrprinzip" trägt die dogmatischen Folgerungen ARMIN KAUFMANN's nicht.

---

1) PEPERONI, Diss., S. 116 sieht in dem Verhalten des Gleichgültigen eine ablehnende Stellungnahme als Folge der grundsätzlichen Einstellung gegen die Rechtsordnung unter der Alternative des Ja oder Nein.

I) Allgemeines

Die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchung widersprechen denen ARMIN KAUFMANN's. Diese sollen ihren Angelpunkt in seinem dogmatischen Prinzip [1], dem Umkehrprinzip, haben. Demnach stellen unsere Ergebnisse dieses Umkehrprinzip bereits in Frage. Es könnte sich jedoch auch herausstellen, daß ARMIN KAUFMANN's Folgerungen gar nicht auf dieses "logische Umkehrverhältnis" zurückzuführen sind. Dann aber könnten sie aus dem "Funktionieren" dieses Prinzipes -einmal abgesehen von dessen eigener Problematik- auch keine zusätzliche Rechtfertigung erfahren.

Dieses Umkehrprinzip ist aber bereits von ANDROULAKIS [2] schlechthin abgelehnt worden und auch GRÜNWALD [3] meint, daß die Ergebnisse ARMIN KAUFMANN's bzgl. Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Unterlassung mit diesem Prinzip nicht "übereinstimmen" würden.

Wenn ARMIN KAUFMANN schließlich von seinem Umkehrprinzip seinsgesetzliche Erkenntnisse für die Unterlassungsdogmatik durch Transformation der finalen Handlungslehre erwartet, so bleibt doch zu bedenken, daß "das Sein nicht aus logischer Notwendigkeit herzuleiten und zu konstruieren" [4] ist.

II) Das Umkehrprinzip und einige "Ableitungen" daraus.

Um einen tiefergehenden Einblick in die Funktion des Umkehrprinzipes im System ARMIN KAUFMANN's zu erhalten, empfiehlt es sich, einmal näher zu verfolgen, inwieweit sich seine Folgerungen eigentlich aus diesem Prinzip ergeben. Wegen des inneren Zusam-

---

1) siehe dazu die Ausführungen oben S. 48 ff

2) Unechte Unterlassungsdelikte, S. 48, 74 ff

3) in Festschrift f. H. MAYER, S. 297 ff

4) JASPERS, Die großen Philosophen, S. 405; siehe ANDROULAKIS, a.a.O., S. 48

menhanges sollen dabei die Aussagen über den Vorsatz, die Fahrlässigkeit und den Versuch gemeinsam betrachtet werden.

1) Vorsatz - Fahrlässigkeit

Nach ARMIN KAUFMANN tritt an die Stelle des Vorsatzes das "Fehlen des Entschlusses, die gebotene Handlung vorzunehmen, trotz vorhandener Entschlußfähigkeit." Für die Fahrlässigkeit sei relevant der betätigte "Wille, den der Rechtsordnung erwünschten Erfolg zu erreichen." Fehle es an diesem Willen, so komme "quasivorsätzliches Unterlassen" in Betracht. [1]

Daraus ergibt sich, daß KAUFMANN den Umfang des quasivorsätzlichen Unterlassens von der für die Fahrlässigkeit abgeleiteten Aussage her begrenzt. [2] Allein aus sich heraus wäre nämlich die sich unmittelbar aus der Umkehrung des Begehungsvorsatzes ergebende Ableitung zur Bestimmung des Vorsatzbereiches bei der Unterlassung ungeeignet. Der bei der Fahrlässigkeit in Bezug genommene Wille soll durch die "Gebotserfüllungstendenz" näher gekennzeichnet sein. Denn während bei der Begehungsfahrlässigkeit eine sorgfaltswidrige Erfolgsverursachung vorliege, dürfe es bei der Unterlassung gerade nicht zur Erreichung des Gebotszweckes kommen und dies wiederum müsse auf der Sorgfaltswidrigkeit beruhen. [1] Bei dieser Ableitung jedoch bleibt unerklärlich, wie es mit dem Umkehrprinzip zu vereinbaren ist, daß auch bei der Unterlassungfahrlässigkeit ein Handeln relevant sein soll.

2) Fehlgeschlagener Begehungsversuch - Unterlassungs-

---

1) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 88, 89

2) vgl. ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 115

fahrlässigkeit

Die so charakterisierte Unterlassungsfahrlässigkeit ist strukturell dem Begehungsversuch vergleichbar. Dazu folgert ARMIN KAUFMANN in Anwendung der zweiten Ausformung seines Prinzipes: "Der Verwirklichungswille, der das Ziel nicht erreicht, stellt sich beim Begehungsdelikt als f e h l s c h l a g e n d e r V e r s u c h dar, während beim Unterlassungsdelikt dieselbe Erscheinung zur F r a g e der F a h r l ä s s i g k e i t führt." [1] Wollte man nun dieser Frage (!) in folgerichtiger Anwendung dieses Prinzipes weiter nachgehen und sieht man die "rechtliche Wirkung" des Begehungsversuches in dessen Strafbarkeit, so wäre die u m g e k e h r t e rechtliche Wirkung für die mögliche Fahrlässigkeit nicht die Strafbarkeit, sondern die Straflosigkeit. [2] Dies sieht auch KAUFMANN [3], meint aber wohl nur, daß keine Bestrafung wegen Quasivorsatzes erfolge. Aber wodurch ist eigentlich die Fahrlässigkeit bestimmt,die bestraft werden soll? Diese Frage läßt KAUFMANN's Ableitung offen. Hier muß nämlich als w e i t e r e s Erfordernis hinzukommen, daß der Fehlschlag auf einem Sorgfaltsmangel beruht. Dann aber taucht die Frage der Fahrlässigkeit unter Umständen auch beim Begehungsdelikt auf; so bei der aberratio ictus. Also stimmt es mit der umgekehrten Wirkung nicht.

3) Das Unterlassen des Versuches

Nach der ersten Ausformung seines Umkehrprinzipes soll an die Stelle d e s V e r s u c h e s "d a s U n t e r l a s s e n d e s V e r s u c h e s" treten, "die gebotene Handlung durchzuführen, trotz der Fähigkeit zu diesem Unternehmen." [4]

---

1) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 170

2) GRÜNWALD in Festschrift f.H. MAYER, S. 298

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 89

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 88

Was unter dem "Unterlassen des Versuches" zu verstehen ist, sagt ARMIN KAUFMANN dann an anderer Stelle, [1] nämlich die Nichtvornahme eines "Gebotserfüllungsversuches, der, wenn er unternommen worden wäre, notwendig fehlgeschlagen wäre." Doch warum beschränkt er die Versuchsmöglichkeit auf die Entsprechung zum sog. untauglichen Versuch?

Diese nähere Charakterisierung kann dem Umkehrprinziß gewiß nicht entnommen werden. Denn die Umkehrung der Vornahme einer nicht vollendeten Handlung ist deren N i c h t vornahme. Für letztere aber bedeutet die Tauglichkeit bzw. Untauglichkeit der Handlung strukturell keinen Unterschied. Doch da ARMIN KAUFMANN die Nichtvornahme und damit die Unterlassung nur zeitpünktlich begreift, sieht er sich logisch notwendig zu der entsprechenden Kennzeichnung der vorzunehmenden Handlung gezwungen, da ja die Nichtvornahme einer tauglichen Handlung Vollendung bedeuten würde. Aber auch für die Zeitpünktlichkeit läßt sich nichts aus dem Umkehrprinzip ableiten. Man könnte in Anwendung dieses Prinzipes im Gegenteil sogar zu einer zeit-räumlichen Erstreckung der Unterlassung gelangen, wenn man sich vorstellt, daß der Pflichtige mehrere gebotene Handlungen nacheinander oder die einzelnen Stadien der Abwendungshandlung nicht vornimmt. Wenn ARMIN KAUFMANN dagegen behauptet, daß es nur auf die letztmögliche Handlung ankomme und mit deren Nichtvornahme bereits die ganze Unterlassung zustande gebracht sei, so hat dies mit dem Umkehrprinzip schlechthin nichts zu tun. [2]

III) Kritische Einwände

1) Keines der Ergebnisse ist eine reine Ableitung aus dem Umkehrprinzip.

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 221

2) vgl. zu diesen Argumenten bereits oben S. 51 ff, 60 ff

Das haben die Ausführungen unter II) deutlich gezeigt. Die Unterlassung läßt sich nämlich dogmatisch nicht einfach in der Weise erfassen, daß man die Regeln für das Begehungsdelikt unter Berücksichtigung der zwischen Handeln und Unterlassen bestehenden strukturellen Unterschiede umkehrt. [1] ARMIN KAUFMANN erkennt dies ja selbst, wenn er z.B. als "Quasivorsatz" nicht das "Fehlen des Entschlusses" genügen läßt und bei der Ableitung für die Fahrlässigkeit nur von der "Frage" nach der Fahrlässigkeit spricht. Was er dann als Fahrlässigkeit bezeichnet, ergibt sich aber nicht aus seinem Umkehrprinzip. Wenn er schließlich als Pendant des Begehungsversuches das "Unterlassen des Versuches" gewinnt, dann bleibt schlechthin fraglich, was dieses "Phänomen" zwingend über den Unterlassungsversuch besagen kann. Was KAUFMANN wirklich darunter versteht, entnimmt er selbst anderen Überlegungen.

Dennoch will ARMIN KAUFMANN die "Richtigkeit" und das "Funktionieren" seines Umkehrprinzipes bestätigt sehen und behauptet, daß sich dies für die Vorsatz- und Fahrlässigkeitsproblematik aus der "sinngemäßen Anwendung des § 59 Abs. 1 StGB" ergebe. [2] Er folgert: Für die Begehung sagt § 59 Abs. 1 StGB, daß die in Unkenntnis bewirkten Umstände nicht zuzurechnen sind. [3] Für die Unterlassung komme es auf das Umgekehrte an: "Das irrig als bewirkt Angesehene ist auch als bewirkt zu behandeln." [4] Damit aber sei Quasivorsätzlichkeit ausgeschlossen und es stehe allenfalls Fahrlässigkeit in Frage, § 59 Abs. 2 StGB.
Abgesehen davon, daß es sich hierbei in Wirklichkeit gar nicht um Ableitungen allein aus seinem Prinzip handelt, sondern um von ihm aufgestellte Thesen,

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 80 vor § 1

2) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 122 ff

3) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 122

4) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 123

treffen auch diese Ausführungen nicht zu. Denn gegen sie ist entsprechendes einzuwenden, wie es auch gegen den parallelen Umkehrschluß aus § 59 StGB zur Bejahung des untauglichen Versuches vorgebracht wird. Diese "logische Argumentation" beruht nämlich auf einem doppelten Fehlschluß. Einmal entspricht der Umkehrung der "Unkenntnis bewirkter Umstände" nicht die "irrige Annahme nicht bewirkter Umstände", sondern die "Kenntnis der vorhandenen Umstände" und zum andern folgt aus der "notwendigen Nichtzurechnung nichterkannter Umstände" nicht die "notwendige Zurechnung erkannter Umstände". [1] Hier verstößt ARMIN KAUFMANN gegen das "Denkgesetz vom zureichenden Grunde", wonach zwar "wohl von der Setzung des Grundes (Unkenntnis) auf die Setzung der Folge (Nichtzurechnung), nicht aber von der Aufhebung des Grundes (Kenntnis) auf die Aufhebung der Folge (Zurechnung) zwingend geschlossen werden" darf. [2]

2) Die beschränkte Leistungsfähigkeit des Umkehrprinzipes A + a : A + non a [3] beruht auf seiner Konstruktion.

Ist die Handlung A + a und die Unterlassung A + non a, d.h. Nichtvornahme dieser Handlung, dann besagt dies zunächst einmal negativ so viel, daß Strukturen der Handlung bei der Unterlassung gerade nicht vorliegen. Ist also der Versuch nach ARMIN KAUFMANN eine Erscheinungsform der Handlung, eine Seinsstruktur, [4] so kann es diesen bei der Unterlassung nicht geben. Aber nach dieser negativen Ausscheidung soll die Unterlassung durch den gleichbleibenden und positiven Faktor A, die Handlungsfähigkeit, ihre feste Gestalt

---

1) so STÖGER, Versuch des untauglichen Täters, S. 31 m.w.N. zum Umkehrschluß.

2) SPENDEL in ZStW 69, 441 ff (454)

3) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 87

4) was bereits zu bezweifeln ist, vgl. oben S. 49, 64

erhalten. [1] Das ist jedoch nicht möglich. Denn die Handlungsfähigkeit entbehrt selbst fester Konturen und kann als p o t e n t i e l l e finale Tatmacht auf die Struktur einer S e i n s kategorie, was die Unterlassung ja sein soll, keine Auswirkung haben. Ist die Handlungsfähigkeit vielmehr V o r a u s s e t z u n g sowohl für die Handlung als auch für die Unterlassung, nicht aber T e i l derselben, [2] dann muß für die Umkehrung der Angelpunkt fehlen.

Folgerungen hinsichtlich der "rechtlichen Wirkungen" können aus dem Umkehrprinzip überhaupt nicht gezogen werden. Denn es ist seiner Entstehung nach aus dem konkreten Verhältnis der Vornahme der g e b o t e n e n Handlung zu der Nichtvornahme eben derselben entwickelt worden. Es kann daher über das Verhältnis Begehungsdelikt/Unterlassungsdelikt nichts besagen und betrifft auch nicht die Relation zwischen verbotener und gebotener Handlung. Wenn die Vornahme der verbotenen Handlung strafbar ist und die Durchführung der gebotenen Handlung straflos, [3] so hat diese "Umkehrung" doch mit dem Prinzip ARMIN KAUFMANN's nichts zu tun, sondern wird ihm geradezu unterschoben. Denn diese "Umkehrung" ist nicht Folge des Strukturgegensatzes zwischen vorgenommener und nichtvorgenommener Handlung, sie beruht vielmehr auf dem "zwischen Gebot und Verbot und mittelbar zwischen Handlung und Unterlassung bestehenden U n t e r s c h i e d ." [4]

3) ARMIN KAUFMANN hält sich bei der Fahrlässigkeit selbst nicht an das Ergebnis aus dem Umkehrprinzip.

Schon oben unter II) hatten wir eingewendet, daß sich die Relevanz eines H a n d e l n s als Voraussetzung fahrlässigen Unterlassens nicht mit dem

---

1) vgl. oben S. 44, 48 f

2) BAUMANN, AT, S. 182; JESCHECK in Festschrift f. Eb. SCHMIDT, S. 149; MAURACH, AT, S. 498.

3) vgl. ARMIN KAUFMANN's Anwendung seines Prinzipes in Dogmatik, S. 89

4) ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 76; mit dessen Ausführungen S. 75 f besteht hier Übereinstimmung.

Umkehrprinzip vereinbaren lasse. Diese Voraussetzung nun bereitet ARMIN KAUFMANN für die Lösung gewisser Fälle selbst Schwierigkeiten, [1] in denen der Pflichtige die "tatbestandsmäßige Situation" verkennt oder, vermeidbar irrend, die Eingriffsmöglichkeit verneint.

Da dem Pflichtigen in diesen Fällen die tatbestandsmäßige Situation, zumindest zunächst, bekannt war, müßte ARMIN KAUFMANN eigentlich Quasivorsatz bejahen und nicht Fahrlässigkeit, [2] denn das Nachdenken, das Prüfen im Subjektiven ist keine Handlung. Doch für ARMIN KAUFMANN löst sich der Widerspruch dadurch, daß auch hier "bei genauerem Zusehen ... ein 'fehlgeschlagener Gebotserfüllungsversuch' erkennbar" sei. [3] Uns jedoch lüftet sich dieser Schleier nicht gleichermaßen. Mit Recht bezweifelt GRÜNWALD [4], was ARMIN KAUFMANN hier anscheinend aus-

---

1) Daß hier die Kritik ansetzen wird, erwartet ARMIN KAUFMANN selbst, vgl. Dogmatik, S. 173 und in Festschrift f. H. WEBER, S. 226. Es sind dies die Fälle, in denen der Pflichtige entweder das Vorliegen der "tatbestandsmäßigen Situation" für möglich hält, dies aber infolge eines irrigen Schlusses letztlich doch verneint (z.B. K sieht nahe der Straße einen verunglückten PKW stehen. Er vermindert seine Geschwindigkeit in der Annahme der Unfall sei unlängst geschehen und Hilfe notwendig. Da er nur flüchtig hinsieht, entdeckt er die verletzten Insassen nicht. Da auch die anderen Autos vorbeifahren, glaubt er an einen alten Unfall und fährt ebenfalls weiter, Dogmatik, S. 173). Oder aber der Pflichtige erkennt zwar die "tatbestandsmäßige Situation" und überlegt nun seine Eingriffsmöglichkeit, doch da er nicht genügend Umschau hält, erkennt er die gegebenen Möglichkeiten nicht, obwohl sie ihm erkennbar waren (z.B. der Vater des ertrinkenden Kindes ist Nichtschwimmer. Hätte er sich umgesehen, dann hätte er die am Ufer liegende Stange bemerkt und seinen Sohn retten können, vgl. Festschrift f.H. WEBER, S. 225, Fall 5). Vgl. dazu mit weiteren Beispielen GRÜNWALD, Festschrift f. MAYER, S. 299

2) die Richtigkeit der Annahme von Fahrlässigkeit in diesen Fällen betont ARMIN KAUFMANN in Festschrift f. H.v. WEBER, S. 230, Anm. 49

3) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 173

4) in Festschrift f. H. MAYER, S. 299 f

reichen läßt, daß diese Pflichtigen überhaupt "gewillt waren, zu helfen." Aber darauf kann es gar nicht ankommen, denn nach ARMIN KAUFMANN's sonst entschieden verfochtener Ansicht, auf der sein ganzes System beruht, ist ein Gewilltsein ohne "Steuerung von Realfaktoren" eben keine Handlung. Unseres Erachtens läßt sich dieser Widerspruch für ARMIN KAUFMANN dogmatisch nicht lösen. Wenn er dennoch Fahrlässigkeit bejaht, dann korrigiert er die ihm selbst fragwürdig erscheinenden Konsequenzen seiner Ansicht mit Werterwägungen.

4) Die Problematik der "Handlungsfähigkeit" im Umkehrprinzip. [1]

Indem ARMIN KAUFMANN zur Handlungsfähigkeit die Kenntnis bzw. das Fürmöglichhalten der "tatbestandsmäßigen Situation" fordert, kann es für ihn ohne diese "Wissensbasis" eine zurechenbare Unterlassung nicht geben. [2] Dies ist in der finalistischen Konzeption begründet, [3] die zur Finalsteuerung ein bewußt vom Ziel her gelenktes Wirken voraussetzt. Es ist jedoch fraglich, ob die besonderen Gegebenheiten bei der Unterlassung diese "Wissensbasis" auf jeden Fall notwendig machen. So lassen andere Finalisten, wie GALLAS [4] und auch WELZEL [5] die E r k e n n b a r k e i t der "tatbestandsmäßigen Situation" genügen. Sie räumen ein, daß es dem Pflich-

---

1) das stellt bes. GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 300 ff heraus.

2) Gegen diese Voraussetzung schon für das Unterlassen als solches BAUMANN, AT, S. 182, Grundbegriffe, S. 62 und GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 300 f, je mit überzeugenden Beispielen.

3) dazu näher ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 41 f

4) in ZStW 67, 41

5) in LB, S. 187, 201/202. Eine Einschränkung besteht bei ihm insoweit, als er bei den unechten UD die Kenntnis der Garantenstellung fordert (S. 202).

tigen in diesen Fällen möglich sei, den Entschluß zum Eingreifen zu fassen. Das mag, wie GRÜNWALD hervorhebt, [1] zwar nicht in allen Fällen der Erkennbarkeit der tatbestandsmäßigen Situation zutreffen, ist aber wohl dann nicht zu bezweifeln, wenn es sich um Gefahrenlagen handelt, bei deren Kenntnis sich hinsichtlich der Abwendungsmöglichkeit sofort gewisse Assoziationen einzustellen pflegen. Dazu ist z.B. der Fall zu erwähnen, daß sich eine nachlässige Mutter mit einer anderen Frau angeregt unterhält und nicht bemerkt, daß ihr Kind auf die nahegelegenen Bahngeleise geht, wo es von dem heranbrausenden Zug erfaßt wird. Hier sollten keine Bedenken gegen die Annahme einer fahrlässigen Tötung durch die Mutter bestehen, denn von ihrer Wissensbasis aus hätte die Mutter zur Erkenntnis der Gefahr mit der Folge der Rettung ihres Kindes kommen können und sollen.

Diese Fälle augenscheinlicher Fahrlässigkeit könnte ARMIN KAUFMANN nicht erfassen, da es für ihn mangels Handlungsfähigkeit bereits am Unterlassen fehlen müßte. Würde er aber andererseits die Handlungsfähigkeit entsprechend weiter verstehen und nun nach seinem Umkehrprinzip verfahren, dann müßte er bei der Mutter § 212 StGB bejahen. Dieses Ergebnis jedoch wäre "offensichtlich unrichtig." [2] Damit haben sich weitere, schwerwiegende Bedenken gegen sein Umkehrprinzip dartun lassen.

Insgesamt läßt sich sagen, daß ARMIN KAUFMANN's Thesen mit seinem Umkehrprinzip nicht übereinstimmen. Seine Folgerungen entbehren also der von ihm behaupteten dogmatisch-systematischen Verankerung. Schließlich hat sich das Umkehrprinzip selbst als in sich fragwürdig erwiesen. Damit aber muß die Unterlassungsdogmatik ARMIN KAUFMANN's in ihrem Angelpunkt bezweifelt werden. Mit seinen Ergebnissen hat er wohl selbst den Beweis dafür erbracht, daß die Unterlassungsproblematik nicht einfach dadurch gelöst werden

---

1) GRÜNWALD in Festschrift f. H. MAYER, S. 301

2) GRÜNWALD, a.a.O., S. 302

kann, daß man eine streng an der Handlung ausgerichtete Dogmatik entsprechend der Strukturverschiedenheit der beiden menschlichen Verhaltensformen schematisch für die Unterlassung umkehrt. Die Unterlassung hat auch ihre eigene Natur.

## 3. KAPITEL

### Die "Ausführungshandlung" und die Stadien des Unterlassungsversuchs

Die Erkenntnisse ARMIN KAUFMANN's über den Unterlassungsversuch wurden von WELZEL [1] übernommen. Im übrigen fand seine Lehre in der Wissenschaft [2] zwar Beachtung, doch blieb sie im Ergebnis ohne sachliche Auswirkung. Die ganz überwiegende Meinung bejaht nämlich den Unterlassungsversuch weiterhin und zwar in Fortsetzung der bis zum Erscheinen der Habilitationsschrift ARMIN KAUFMANN's dargestellten Entwicklung. [3] Dabei bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, wie die "Ausführungshandlung" zu begreifen ist und wie sich die Versuchsstadien bestimmen lassen. Hier soll nun die den Versuch bejahende Ansicht erörtert und zur weiteren Klärung beigetragen werden.

Die Erörterung beschränkt sich folglich auf die neueren Meinungen. Vorweg sind daher frühere Ansichten auszuscheiden, welche Handlungselemente in der Unterlassung nachweisen wollten, sei es in Gestalt des gleichzeitigen Andershandelns, des vorausgehenden Handelns oder der Interferenzhandlungen. Tatbestands-

---

1) LB, S. 183 ff (185, 200), 424

2) Für die Rechtsprechung besteht die Problematik überhaupt nicht.

3) in Kapitel 1 dieser Arbeit

handlung kann nur das Unterlassen selbst sein. Das Unterlassen ist kein sinnlich wahrnehmbares, sich änderndes Verhalten des Pflichtigen, das als solches unmittelbar augenscheinlich wird. Ihm fehlt die "plastische Materialisierung", [1] wie wir sie von der Handlung her kennen. Will man also die Unterlassung erfassen, dann dürfen nicht ungewandelte Handlungskriterien den Ausgangspunkt bilden. Zu beachten bleibt aber, daß die deliktische Unterlassung im geltenden Tatstrafrecht als T a t relevant ist.

## § 11

## Die Ausführungshandlung bei den unechten Unterlassungsdelikten

I) Nichtabwendung - Herbeiführung

1) Die h.L. [2] sieht den Strafgrund der unechten Unterlassung in der auf der Verletzung der Garantenpflicht beruhenden Verursachung, während andere [3] auf die Nichtabwendung des Erfolges abstellen. Es leuchtet ein, daß die Annahme einer Ausführungshandlung der letztgenannten Ansicht mehr Schwierigkeiten bereiten muß, denn es ist nicht so recht einsichtig, wie ein Nichtabwenden durch den Pflichtigen z.B. als Töten

---

1) NAGLER in GS 111, 29

2) siehe besonders BAUMANN, AT, S. 221 f; MAURACH, AT, S. 501; MEZGER, LB, S. 136

3) GRÜNWALD in JZ 1959, 46 (neuerdings spricht er in der Festschrift f. H. MAYER, S. 291 von "Geschehenlassen"); ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 66; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 58, 141 vor § 1; WELZEL, LB, S. 201

oder In-Brand-setzen tatbestandsmäßig sein soll. [1]

Man stellt sich nämlich unter einer Ausführungshandlung normalerweise eine "Herbeiführung", ein Verursachen vor und verbindet damit einen dauernden Vorgang. Die Nichtabwendung eines Erfolges dagegen scheint nun gerade das Gegenteil zu sein und nur einen Augenblick zu dauern. In diesem Verständnis ist denn auch ARMIN KAUFMANN's Verneinung des Versuchsstadiums begründet. Wenn nun aber z.B. SCHRÖDER [2] und GRÜNWALD [3] dennoch Versuch annehmen, so liegt das daran, daß sie nicht erst auf die Nichtabwendung des Erfolges, sondern schon auf die Nichtabwendung der diesem vorausgehenden Gefährdung abstellen. Das reale Geschehen erfüllt so die Nichtabwendung mit Inhalt und von da her erhält die Unterlassung eine zeiträumliche Ausdehnung. Denn nur bei deren Vorliegen sind ja Versuchsstadien überhaupt möglich.

Die h.L. hingegen vermeidet diese Schwierigkeiten. Sie sieht die objektive Seite der Unterlassung zwar auch nicht in dem realen Geschehen selbst, doch spiegele dieses Geschehen das Verhalten des Pflichtigen als Nichttätigwerden, als "etwas-nicht-tun" [4], als

---

1) so wird auch von KAUFMANN, Dogmatik, S. 241 ff (260 f); WELZEL, LB, S. 200 ff; GRÜNWALD in ZStW 70, 413 die Ansicht vertreten, daß man bei den unechten Unterlassungsdelikten in Wahrheit gar nicht die Tatbestände so wie sie das StGB enthalte, anwende. Sie entnehmen diesen Tatbeständen nur die Strafe. SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 77, 86 vor § 1 dagegen ist für eine Subsumtion unmittelbar unter den Begehungstatbestand, "der um die zusätzliche Merkmale der Garantenstellung vermehrt" sei.

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 10 vor § 43

3) GRÜNWALD in JZ 1959, 46 (neuerdings spricht er in der Festschrift f. H. MAYER, S. 291 von "Geschehenlassen"); ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 66; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 58, 141 vor § 1; WELZEL, LB, S. 201

4) Auf die Kontroverse zwischen BAUMANN und der h.L. um das "etwas" braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden; vgl. BAUMANN, AT, S. 181, 222; Grundbegriffe, S. 62

Geschehen- bzw. Gewährenlassen [1] ab. Dieses betrachtet sie im positiven Sinne als "Handeln durch Unterlassen" und stellt es dem Tun grundsätzlich gleichwertig an die Seite.

2) Wie jedoch die weitgehende Übereinstimmung der Ansichten im Ergebnis: der Bejahung des Unterlassungsversuches, zeigt, erweist sich der Unterschied vornehmlich als Problem der Konstruktion. [2] Und dies ist auf das verschiedene Kausalverständnis zurückzuführen. Wer nämlich an einem naturalistischen Kausalbegriff festhält, vermag das Töten u.a. eben nur als aktives Tun zu begreifen, d.h. als einen Vorgang, "mit Bezug auf den sich eine Körperbewegung des Willensträgers als 'überleitende Veränderung' darstellen muß." [3] So verstanden kann man natürlich durch körperliche Inaktivität nicht töten, sondern nur, wie dann gesagt wird, den Tod"nicht-abwenden."

II) Die Beziehung des Pflichtigen zum Geschehen

1) Keine Erörterung der Kausalproblematik

Wie wir bereits früher [4] gezeigt haben, muß das Festhalten am naturalistischen Kausalbegriff nicht zwingend zur Verneinung der Kausalität der Unterlassung führen. [5] Denn, wie ARMIN KAUFMANN [6] selbst nachgewiesen hat,

---

1) H. MAYER, Strafrecht 1936, 205 ff; 1953, 113 und MAURACH, AT, S. 502 weisen auf die "substantielle Gleichwertigkeit des Tuns und des Geschehenlassens in einer Welt fließender Entwicklung" hin. In diesem "fließenden Prozeß des Geschehens" verbiete das Strafrecht "nicht nur das störende Eingreifen in einen sozialnützlichen Prozeß, sondern auch das Gewährenlassen einer sozialgefährlichen Entwicklung." Diese Ansicht teilt auch der E 1962 (Amtl.Begr. S. 124).

2) MAURACH, AT, S. 497

3) KOLLMANN in Str.Abh.Heft 91 (1908), S. 76

4) siehe oben S. 59

5) wer sie verneint, spricht von "Quasikausalität"

6) in Dogmatik, S. 59 f, S. 63 Anm. 159 a

ist es irrig, anzunehmen, die Kausalität verknüpfe "Veränderung mit Veränderung", und daraus dann zu folgern, daß der Nichteintritt einer Veränderung "also Wirkung ebensowenig wie Ursache sein" [1] könne. Kann danach also das Unterlassen im naturwissenschaftlichen Sinne kausal sein, so muß der Pflichtige auch durch Nichttun z.B. töten können. Somit wäre selbst dieser Ansicht eine positive Betrachtungsweise möglich, wie sie der h.L. von ihrem Verständnis der Kausalität als Rechtsbegriff [2] her offen steht. [3]

Doch es soll nun nicht das Für und Wider der Meinungen zur Unterlassungskausalität erörtert werden. Ihre Problematik war lange Zeit ein zentraler Gegenstand wissenschaftlicher Behandlung [4] und dennoch ist bis heute keine allgemein anerkannte Lösung gefunden worden. Sie wird es auch solange nicht geben, als die Ausgangspunkte der Betrachtung derart gegensätzlich und unvereinbar bleiben. [5] Und überdies ist die Frage der

---

1) so RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 132

2) siehe dazu besonders BAUMANN, AT, S. 221 ff, 200 f; Grundbegriffe, S. 60f; MAURACH, AT, S. 501; MEZGER-BLEI, SB I, S. 80 f

3) Wir behandeln hier nicht Fragen der quantitativen und qualitativen Gleichstellung der Unterlassung mit dem Handeln, sondern bemühen uns um die Erfassung der bereits gleichgestellten Unterlassung als Ausführungshandlung im Sinne des § 43 StGB.

4) vgl. besonders LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 92 ff; v. LISZT-SCHMIDT, LB, 26. Aufl., S. 170 ff; MEZGER, LB, S. 133 ff; NAGLER, GS 111, 28 ff

5) so hat sich neuerdings zwar wieder E.A. WOLFF in Kausalität von Tun und Unterlassen, S. 33 ff um eine Lösung bemüht. Er sieht das "Bewirken durch Unterlassen" in dem "dem anderen zum Schlechten wenden", denn der Pflichtige verletze den anderen d u r c h sein Nichtstun (S. 50), weil dieser unselbständig und in seinen Möglichkeiten von jenem abhängig sei (S. 37). Damit hat er die Diskussion um einen weiteren Beitrag unter dem Gesichtspunkt der Wirklichkeit der sozialen Ordnung bereichert, doch keineswegs die Bedenken der Vertreter einer naturalistischen Auffassung überwunden.

Kausalität nicht eigentlich ein Problem im Rahmen des Versuches, der sich ja gerade dadurch auszeichnet, daß der Erfolg nicht eingetreten ist.

2) Betrachtungsweise parallel zur Handlung

a) Für uns ist maßgebend, und das ist in dieser Allgemeinheit auch unbestritten, daß zwischen der Untätigkeit und dem schließlichen Erfolgseintritt ein Zusammenhang besteht. Wenn nicht, so wäre eine Bestrafung der unechten Unterlassungen schlechthin unmöglich. Wir wollen nun darlegen, wie sich diese Beziehung im Hinblick auf den Versuch sinnvoll begreifen läßt.

Dabei liegt es nach dem Scheitern der Bemühungen ARMIN KAUFMANN's nahe, die Lösung nicht ebenfalls in einer Umkehr der für das Begehungsdelikt entwickelten Regeln zu suchen. Andererseits erscheint es auch nicht vorteilhaft, mit der Unterlassung als Nichtabwendung zu argumentieren. Ja gerade weil diese Ansicht mit jener, die auf die Verursachung abhebt, in den Ergebnissen übereinstimmt, halten wir eine positive Betrachtung der Unterlassung ganz parallel der Handlung, unter sinngemäßer Berücksichtigung der Verschiedenheiten, für den sinnvollsten Weg. Denn er hat vor allem das Plus für sich, daß er die Unterlassungsproblematik nicht unnötig kompliziert und eine weitgehende Anlehnung an vertraute Lehren beim Begehungsdelikt ermöglicht. Für dieses Vorgehen spricht zudem das StGB selbst. Dabei sind wir aber nicht etwa der Ansicht, daß man allein aus der Einheit des Tatbestandes für Tun und Unterlassen folgern dürfe, die Ausführungshandlung bestimme sich für beide Verhaltensweisen nach denselben Merkmalen; denn die Einheit im Tatbestand kann die seinsmäßigen Unterschiede nicht aufheben. [1] Sie ist jedenfalls ein Anhaltspunkt für unsere Betrachtungsweise.

b) Das StGB enthält zudem Tatbestände, in denen das Unterlassen selbst durch Begriffe aktiven Verhaltens erfaßt wird, z.B. § 123 ("sich nicht entfernt"... "Haus-

---

[1] vgl. ROXIN, Tatherrschaft, S. 463 f

friedensbruch"), § 170 d ("vernachlässigt" ... "dadurch gefährdet"), § 223 b ("durch Vernachlässigung seiner Pflicht ... an der Gesundheit schädigt") und § 315 a.F. ("durch ... pflichtwidrige Unterlassung beeinträchtigt"). [1] Daraus ist zu entnehmen, daß das Gesetz "rechtliche Qualitätsunterschiede" nicht anerkennt. [2] Dies findet sich auch in einer rechtshistorischen Untersuchung [3] bestätigt.
Weiterhin kennt das StGB Tatbestände, die gleichermaßen durch Tun und Unterlassen erfüllt werden können, ohne daß sich die Unterlassung gegenüber dem positiven Verhalten durch eine besondere Garantenstellung auszeichnen müßte, z.B. die Untreue (§266), die Begünstigung im Amt u.a. [4]

c) Argumente für die u.E. angezeigte Betrachtung der Unterlassung ergeben sich ferner daraus, daß auch beim Tun Fälle des Bewirkens nachzuweisen sind, die nicht eigentlich dem naturalistischen Kausalbegriff unterfallen, wie beispielsweise dann, wenn jemand einen Rettungswilligen gewaltsam abhält. [5] Hier steht man eigentlich vor ebenderselben Problematik wie bei der Kausalität der Unterlassung. [6] Wer demnach in diesen Fällen ein Bewirken bejaht, von Töten, In-Brand-setzen etc. spricht, dem müßte dies auch bei der Unterlassung möglich sein.

aa) Wie unangebracht es ist, eine unterschiedliche Behandlung von Tun und Unterlassen danach auszurichten, ob

---

1) siehe besonders MEYER-BAHLBURG, Diss., S. 18, 152

2) STREE in GA 1963, 13

3) F. KLARENAAR, Diss., insbesondere S. 38

4) näher MEYER-BAHLBURG, Diss., S. 158

5) weitere Fälle bei KAUFMANN, Dogmatik, S. 195 f

6) vgl. dazu näher bereits oben S. 59 f, 82 f; von dieser Art des Bewirkens beim Tun nimmt denn auch E.A. WOLFF's Nachweis der Unterlassungskausalität ihren Ausgangspunkt; vgl. E.A. WOLFF, Kausalität, S. 30, 36 ff.

eine Körperbewegung und eine sichtbare Veränderung der Außenwelt vorliegen oder nicht, erweisen weiterhin die Fälle, in denen eine Abgrenzung zwischen Begehungstat und unechter Unterlassungstat zweifelhaft ist. [1] Man begegnet dieser Schwierigkeit besonders dann, wenn Tun und Unterlassen gleichsam zwei Seiten eines einheitlichen Vorgangs sind. Hier "verkörpert" sich die Unterlassung geradezu im positiven Tun. So ist z.B. im sog. Lastwagenfall [2] heftig umstritten, ob das Überholen des Radfahrers durch den LKW unter Nichteinhaltung eines gehörigen Sicherheitsabstandes als Tun oder als Unterlassen relevant ist. Hier kann richtigerweise nur eine dem Tun parallele Betrachtung der Unterlassung als Töten und nicht als Nichtabwenden des Todes in Frage stehen. Zu welch unhaltbaren Ergebnissen diese Unterscheidung schließlich führen kann, zeigt sich -unterstellt, es handelte sich um Vorsatztaten und Unvermeidbarkeit läge nicht vor - , wenn man sie einmal im Hinblick auf ARMIN KAUFMANN's Folgerungen für den Versuch sieht. Der Pflichtige würde nämlich nach seiner Ansicht bis zum letztmöglichen Augenblick rechtmäßig unterlassen, während der positive Täter bereits lang davor beispielsweise § 211/43 StGB verwirklichen würde.

bb) **Weiterhin weist** SCHRÖDER [3] mit Recht darauf hin, daß jedenfalls dann Versuch möglich sein müsse, wenn das pflichtwidrige Verhalten in der Nichthinderung fremder

---

1) siehe BAUMANN, AT, S. 184 f, 220 f; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Bem. 95 vor § 1. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Fälle und Ansichten findet sich bei ULSENHEIMER, Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeiten, 1965.

2) BGHSt 11, 1 (für Unterlassungstat); behandelt bei BAUMANN, Strafrechtsfälle und Lösungen, Fall 15 mit der Darstellung des Streitstandes. Weitere bekannte Fälle sind der Ziegenhaarfall (RGSt 63, 211 : Herausgabe nichtdesinfizierter Haare zur Verarbeitung mit der Folge, daß 4 Arbeiterinnen an Milzbrand starben) und der Radfahrerfall (RGSt 63, 392 : ein Radfahrer, der ohne Licht fährt, stößt mit einem entgegenkommenden zusammen).

3) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 11 zu § 43

Straftaten bestehe. Das wird besonders deutlich in Fällen der Mittäterschaft [1] zwischen Begehungstäter und Unterlassendem. Und SCHRÖDER [2] zieht noch eine weitere Parallele zur Begehung bei der Frage der Abgrenzung des unbeendeten Unterlassungsversuches, wo er "auf die gleiche Situation, durch positives Handeln herbeigeführt", abstellt. All das aber spricht doch dafür, bereits das Unterlassen selbst parallel dem Handeln zu betrachten.

cc) Nahegelegt wird diese Betrachtungsweise insbesondere auch bei den sogenannten "veranlassenden" Unterlassungen. [3] Dazu gehört beispielsweise der Mutter-Kind-Fall. Diese zeichnen sich dadurch aus, daß die Nichtvornahme einer Handlung einen für den Erfolg indifferenten Zustand in einen neuen und gefährlichen verändert. [4] Die Verwandtschaft mit dem Tun ist hier offensichtlich und es ist ROXIN zuzustimmen, wenn er sagt, daß sich in diesen Fällen "nach sozialer Auffassung Tun und Unterlassen nicht mehr unterscheiden." Das Unterlassen stellt sich hier als "Erscheinungsform des Begehens" dar. [5] Gerade hier zeigt sich, daß das Unterlassen keineswegs immer und nur als Nichtabwendung des Erfolges verstanden werden kann.

dd) Schließlich spricht gegen die Konstruktion der Unterlassung als Nichtabwendung des Erfolges auch noch § 1 StGB, weil "zu einer strafbaren Handlung (=Straftat) jedenfalls auch eine Handlung gehört." [6] Also

---

1) diese ist allerdings umstritten; vgl. BAUMANN, AT, S. 524; ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 189; ROXIN, Tatherrschaft, S. 470 f; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem., 105 ff zu § 47

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 46 Bem. 11

3) die übrigen unechten Unterlassungen wären dann die "nichthindernden". Siehe dazu THEIßEN Veranlassende und nichthindernde Unterlassungen, Diss., S. 13

4) THEIßEN, Diss., S. 15

5) ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 465 f

6) so BAUMANN, AT, S. 221

muß auch die Unterlassung ein nach außen wirksames menschliches Verhalten sein.

ee) Dabei mag hier dahingestellt bleiben, ob die Unterlassung allein naturalistisch begriffen werden kann und inwieweit sie normativ mitgeprägt ist. Wir glauben jedenfalls nachgewiesen zu haben, daß man sie in einer dem Tun parallelen Betrachtungsweise erfassen sollte. Hierbei ist nun noch näher auszuführen, wie sie in der Wirklichkeit"erscheint." Von dem Ausgangspunkt, daß wir ein T a t strafrecht haben, soll nun gegen die Autoren angegangen werden, die der Unterlassung jede Realität absprechen und sie als ein nur juristisches Etwas, als Urteil betrachten.

III) Unterlassung und Wirklichkeit

1) Erwartung - Urteil - Unterlassung

Die Ansicht, daß die Unterlassung ein Urteil sei, wird heute besonders pointiert von SCHRÖDER [1] vertreten. Die Unterlassung sei in der Wirklichkeit nicht vorhanden und erlange erst im normativen Bereich Bedeutung, indem bestimmte Urteile über dieses Nichtsein abgegeben werden. Diese Ansicht ist daraus zu begreifen, daß SCHRÖDER an einem naturalistischen Handlungsbegriff festhält und er zum anderen Anhänger der Erwartungstheorie [2] ist.
Wir meinen jedoch, daß die mit der Erwartung verbundene

---

1) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 81 zu § 1; ähnlich GALLAS in ZStW 67, 8 ff (11) und MAURACH, AT, S. 498; früher besonders KOLLMANN und ROHDE, vgl. dazu oben S. 10 ff.

2) Nach dieser Theorie ist es konstitutives Merkmal der Unterlassung, daß die nichtvorgenommene Handlung erwartet und gefordert wird. Siehe dazu vor allem MEZGER, LB, S. 132 f; MAURACH, AT, S. 136, 498; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 81 vor § 1. Zur Kritik bes. BAUMANN, AT, S. 181, Grundbegriffe, S. 65; ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 50 ff; in Festschrift f. v. WEBER, S. 216; SCHAFFSTEIN in Festschrift f. d. OLG Celle, S. 201

Normativität der Unterlassung nicht notwendig dazu führen muß, ihr die Realität schlechthin abzusprechen. [1] Mag auch die Unterlassung aus der Enttäuschung [2] (der Erwartung) erkennbar sein, so bleibt doch die Frage, worin das "äußere, antisozial wirksame (V e r h a l t e n s)Substrat liegt, das zur Strafbarkeit absolut unentbehrlich ist"? [3] Das U r t e i l kann es nicht sein. Will man nun dieses Substrat nachweisen, so muß man sich aber darüber im klaren sein, daß das reale Vorhandensein [4] der Unterlassung ein anderes ist als das der Handlung. Gerade darin liegt nämlich ein wesentlicher Teil der Schwierigkeiten begründet, daß man eine dem Tun entsprechende Augenscheinlichkeit vermißt. [5]

Übrigens könnte doch auch die Handlung als Urteil begriffen werden und zwar in der Weise, daß man die Handlung als Nicht-Unterlassung versteht. Denn sind Handlung und Unterlassung die "zwei Erscheinungsformen menschlichen Verhaltens, dann ist auch die Handlung genausoviel Nicht-Unterlassung wie die Unterlassung Nicht-Handlung ist." [6] Und ist die "Erwartung" konstitutives Element der Unterlassung, so dürfte ein positives Tun auch nur dann vorliegen, wenn ein Unterlassen erwartet wird. [7]

Nun besteht natürlich insofern ein Unterschied, als sich die Handlung im Geschehen selbst verkörpert. Sie ist als äußere, sich ändernde Wirklichkeit unmittelbar wahrnehmbar. Zwar liegt auch bei der Unterlassung ein Geschehen vor, das äußerlich zu erkennen ist,

---

1) SCHAFFSTEIN, a.a.O., S. 201: "Die Unterlassung ist 'kein bloßer Rechtsbegriff'"; GALLAS in ZStW 67, 11 spricht von "sozialer Realität."

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 81 vor § 1 : "Unterlassung ist enttäuschte Erwartung."

3) ANDROULAKIS, Unterlassungsdelikte, S. 104; HARDWIG in ZStW 74, 31 f; ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 103

4) ANDROULAKIS, a.a.O., gebraucht die Ausdrücke "Leib" und "Physizität"

5) darauf weist BAUMANN, Grundbegriffe, S. 63 hin

6) ANDROULAKIS, Unterlassungsdelikte, S. 71; BAUMANN Grundbegriffe, S. 62; vgl. dazu auch ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 14, 94, 132 f.

7) vgl. BAUMANN, Grundbegriffe, S. 62

aber darin wird ein menschliches Verhalten nicht unmittelbar präsentiert. Der äußere Vorgang könne, nach der überwiegenden Meinung, nicht die Realität der Unterlassung als menschliche Verhaltensweise darstellen, Er soll vielmehr gerade umgekehrt bezeugen, daß es der Pflichtige an einem bestimmten äußeren Verhalten fehlen läßt. Weil sich nun das Tun im äußeren Geschehen unmittelbar selbst objektiviert, deshalb kommt hier auch der "Erwartung des Unterlassens" keine Bedeutung zu. Könnte man aber das äußere Geschehen bei der Unterlassung gleichfalls als deren positive Seite begreifen, dann wäre dies ein Weg zur Überwindung jener Negativität der Unterlassung, bei der die h.L. stehen bleibt, wenn sie die Unterlassung durch Bezugnahme auf die "erwartete Handlung", auf das "etwas", das hätte vorgenommen werden sollen, als Unterlassung im Rechtssinne erfaßt. [1]

2) Die reale Erscheinung der Unterlassung im äußeren Kausalvorgang.

a) Nun kann man, und das weist BAUMANN [2] nach, die Unterlassung auch vorrechtlich [3] als willensgetragenes, körperliches Verhalten des Nichtstuns verstehen. Hier erscheint die Unterlassung als statisches menschliches Verhalten, welches über die Kausalität mit dem Erfolg verknüpft ist. Sie ist damit zwar kein Nichts und kein Negativum, doch bleibt naturgemäß ihr unmittelbarer positiver Aussagegehalt beschränkt. Gerade bei letzterem wollen wir ansetzen und die Unterlassung durch den Einschluß des äußeren Kausalvorganges als Verhalten mit Inhalt erfüllen. Ob und inwieweit das möglich ist, bleibt im Folgenden zu untersuchen. Dabei wird die s o z i a l e Wirklichkeit angesprochen.

---

1) vgl. statt vieler MEZGER, LB, S. 130 ff, auf den diese Ansicht zurückgeht. Unterlassen bedeutet ein "Etwas nicht tun", ein "Nichtvornehmen der erwarteten Handlung."

2) BAUMANN, AT, S. 181

3) vgl. MAURACH, AT, S. 498

b) Einen Schritt näher ans Ziel bringt uns ANDROULAKIS. [1] Er begreift die Unterlassung als "daseiendes Nichtdasein", das als "Nichtverändern" in der Wirklichkeit sichtbar werde. Die Unterlassung "projiziert sich auf die Außenwelt als (das Seiende) Seinlassen". [2] Dabei bestehe zwischen dem Unterlassungsverhalten und dem prozedierenden Geschehen eine Beziehung der "Parallelität". [3] Diese sei solange vorhanden, als der Unterlassende die Möglichkeit des Eingreifens habe.

Mit der Parallelität bleiben Unterlassen und Geschehen noch nebeneinander stehen. Für uns jedoch erscheint es bedeutsam, daß ANDROULAKIS die Unterlassung im positiven Sinne gleichlaufend mit dem Geschehen versteht, wobei man deren Inhalt gleichsam an diesem ablesen kann. Dabei sieht er das sich fortentwickelnde Geschehen nicht als vom Verhalten getrennte Folge i.S. eines Erfolges an, sondern beides falle deckungsgleich zusammen, ohne jedoch zur Einheit zu verschmelzen. Dieses eben beschriebene Verhältnis kann natürlich nur dann bestehen, wenn der Pflichtige tatmächtig ist und das Geschehen vermag das V e r h a l t e n des Pflichtigen auch nur solange zu spiegeln, als er diese Macht innehat. Sonst würde es nämlich schon am relevanten Verhalten fehlen. Also könnte allenfalls insoweit eine Einverleibung des Kausalvorgangs in die Unterlassung als äußere Verhaltensseite in Frage kommen.

Wenn nun ANDROULAKIS trotz seiner weitgehenden Gleichschaltung von Handlung und Unterlassung bei letzterer an einer Trennung zwischen Verhalten und Geschehen festhält, so besteht das Hindernis für ihn darin, daß eben der Unterlassende nicht selbst aktiv gestaltet. Es ist das Dilemma, daß sich der die Einheit beim Tun herstellende Kausalvorgang beim U n t e r l a s s e n d e n nicht finden läßt [4] . Doch darf diesem Umstand solch entscheidende Bedeutung beigemessen werden?

---

1) Unterlassungsdelikte, S. 68

2) ANDROULAKIS, Unterlassungsdelikte, S. 83

3) ANDROULAKIS, Unterlassungsdelikte, S. 145 f

4) vgl. ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f.H.MAYER, S. 104

c) Wir knüpfen hier an ROXIN [1] an, der in besonderen Unterlassungsfällen, wie beispielsweise dem Mutter-Kind-Fall oder dem Fall des Weichenwärters, der die Weiche nicht stellt, um einen Zusammenstoß herbeizuführen, meint, daß hier das Nichtstun seinen "Unterlassungs-Charakter" verliere und im "sozialen Sinne einem Begehen" gleiche. Hier stelle "sich das Unterlassen des gebotenen Tuns seinem sozialen Sinne nach als Erscheinungsform des Begehens dar." Ist es nicht eine konsequente Folge dieser Ansicht, in dem Geschehen die äußere Seite der Unterlassung zu sehen?

Es ist unser Ziel, zwischen dem bis zur letzten Abwendungsmöglichkeit dauernden Unterlassungsverhalten und dem äußeren Geschehen eine notwendige Verknüpfung der Art aufzuzeigen, daß das äußere Geschehen nicht nur negativ die, sondern sich positiv a l s Unterlassung objektiviert. Hierzu findet sich schon bei LANDSBERG eine interessante Stelle, in der er über die "gleichzeitig eintretenden Folgen" [2] sagt, daß diese "von selbst mit und i n der Unterlassung gegeben" [3] seien. Nach BIERLING [4] ist das "Seingelassene" des Pflichtigen "ein Ausfluß der (seiner) Persönlichkeit, ein eigentümliches Stück individuellen Lebens und Wirkens." Und neuerdings äußert sich ARTHUR KAUFMANN ganz konkret dahin: "... ist die Unterlassung dennoch ein Geschehen in der kausalen Körperwelt, nur darf man den Kausalvorgang, um den es dabei geht, nicht beim Unterlassenden selbst suchen." [5] Für ihn gehört "zur ontologischen Struktur der Unterlassung" notwendig "ein physisch-körperhafter Kausalvorgang" (das äußere Ge-

---

1) ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 466

2) gemeint sind die Folgen, die eintreten, solange der Pflichtige die Abwendungsmöglichkeit hat.

3) LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 176, Anm. 1, 177 (Hervorhebung vom Verf.)

4) BIERLING, Jur. Prinzipienlehre, Bd. III, 1905, S. 25 (zitiert bei ANDROULAKIS, a.a.O., S. 78).

5) ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 104

schehen), "denn ohne einen solchen kann nichts 'unterlassen' werden." [1]

d) Gemeinsamkeit von Handlung und Unterlassung

Im Hinblick auf diese Betrachtung der Unterlassung erhebt sich nun die Frage ihres Verhältnisses zur Handlung. In der sozialen Wirklichkeit wirkt der Unterlassende durch das Geschehen, es wird zu seinem eigenen, indem er es in seinen Dienst stellt und sich nicht nur damit abfindet. Läßt sich die Handlung eventuell entsprechend verstehen und damit die weitgehende Gleichbehandlung beider Verhaltensformen rechtfertigen? Diese Frage hat ARTHUR KAUFMANN wieder aufgerollt und er bejaht sie [2] im Anschluß vor allem an LARENZ [3]. Danach liegt die Gemeinsamkeit von Handlung und Unterlassung im "In-Dienst-nehmen" eines Kausalprozesses und zwar bei der Handlung als "In-Dienst-nehmen von Eigenkausalität" (Kausalwerden des eigenen Körpers) und bei der Unterlassung als "In-Dienst-nehmen von Fremdkausalität" (Kausalvorgang außerhalb des Unterlassenden). Kommt es auf das In-Dienst-nehmen an, dann darf es für die Frage der Einheit Verhalten-Geschehen nicht mehr entscheidend sein, ob der Kausalvorgang beim Täter selbst liegt oder außerhalb. ARTHUR KAUFMANN meint schließlich, daß Tun und Unterlassen unter dem Gesichtspunkt des In-Dienst-nehmens der Kausalität "in eben und demselben Sinne 'Handlungen' sind." [4] Das Moment der Aktivität kann also keinen relevanten Unterschied zwischen beiden Verhaltensformen ausmachen.

Nach diesem Ergebnis ist nun der Weg für eine Parallelbetrachtung der Unterlassung mit der Begehung frei. Da-

---

1) ARTHUR KAUFMANN, a.a.O., S. 105

2) in Festschrift f. H. MAYER, S. 105

3) LARENZ, HEGEL's Zurechnungslehre, S. 86 f. Vgl. mit weiteren Literaturnachweisen bei ARTHUR KAUFMANN, a.a.O., S. 105, Anm. 82.

4) ARTHUR KAUFMANN in Festschrift f. H. MAYER, S. 105 und in Festschrift f. EB. SCHMIDT, S. 214

mit vermag man die für das Begehungsdelikt entwickelten Grundsätze auch für das Unterlassungsdelikt fruchtbar zu machen. Das bedeutet aber nicht schlechthin eine Übertragung, vielmehr sind die Besonderheiten der Unterlassung zu beachten.

## § 12

## Möglichkeit der Abgrenzung von Stadien beim unechten Unterlassungsdelikt

### I) Unterlassung und Zeitmoment

1) Läßt sich die Unterlassung zwar als "Geschehenlassen" in dem dargestellten Sinne begreifen, so besteht doch folgender wesentliche Unterschied zur Handlung. Beim Handeln nämlich steht es im freien Belieben des Menschen, ob er überhaupt tätig werden will. Er kann sich etwas nach seiner Wahl vornehmen und nach seinem Gutdünken ausführen. Er kann auch jederzeit aufhören. Der Täter prägt das Geschehen mithin in unvergleichlicher Weise selbst, dessen Gestalt ist originär durch ihn bestimmt. Das ist nun aber bei der Unterlassung anders. Diese erhält ihren konkreten Inhalt nicht konstitutiv durch den Pflichtigen, sondern vom realen, in Gang befindlichen Geschehen her. Dieses Geschehen macht sich der Pflichtige wohl zu eigen, aber er gestaltet es nicht. Um zu unterlassen, nimmt er ja geradezu keinen Eingriff vor. Auch wenn man also einer Gleichartigkeit der äußeren Erscheinung von Tun und Unterlassen das Wort redet, darf diese Verschiedenheit nicht übersehen werden.

So kann z.B. einem individuellen Verhaltensplan bei der Unterlassung nicht dieselbe Bedeutung zukommen wie beim Tun. Denn der Pflichtige vermag weder Anfang noch Ende der Unterlassung dem positiven Tun vergleichbar zu bestimmen, noch kann er die Relevanz seines Verhal-

tens beeinflussen. Sein Unterlassen knüpft an eine konkrete Situation an, die zumeist -abgesehen von den Fällen des vorangegangenen Tuns- unabhängig vom Willen des Pflichtigen entstanden ist. Mit dieser Situation wird er konfrontiert, er "gerät" in sie gleichsam "von außen her" und "ohne oder gar gegen seinen Willen." [1] Das eigentlich gestaltende Element ist der in den Dienst genommene Kausalablauf des selbständig fortschreitenden Geschehens. Deshalb müssen sich die Kriterien für die Einschnitte der Ausführungshandlung unter anderem Aspekt bestimmen als bei der Handlung.

Dieses fortschreitende Geschehen rückt einerseits den Erfolgseintritt in immer größere Nähe und andererseits "entfernt" es sich mehr und mehr vom Pflichtigen. So wird seine ursprünglich über es innegehabte Macht zunehmend schwächer, bis er sie schließlich ganz einbüßt. Hiermit haben wir einen Sachverhalt, der Graduierungen erlaubt. Und er betrifft nicht nur die Relation Geschehen-Erfolg, sondern er erfaßt in erster Linie die Beziehung des Pflichtigen zum Geschehen, also das Unterlassungsverhalten. Auf diese Weise ist der Pflichtige unmittelbar miteinbezogen und es läßt sich eine Parallele zum Handeln ziehen. Denn auch dort gewinnt das bewirkte Kausalgeschehen von der ersten Ursachensetzung an zunehmende Eigenständigkeit, bis es sich schließlich ganz aus der Macht des Täters löst.

2) Doch da nun der Pflichtige weder Anfang noch Ende des Unterlassens selbst bestimmen kann, sondern beides durch das Geschehen und die in Bezug dazu bestehenden Möglichkeiten des Pflichtigen objektiv festgelegt ist, ist das Unterlassungsverhalten Teil eines in sich abgegrenzten zeit-räumlichen Prozesses, der seinerseits in Zeitabschnitte aufspaltbar ist. Der Unterlassende wird in einen bestimmten zeitlichen Ablauf gezwungen.

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 293/94 mit Anm. 20. An seine Ausführungen lehnen wir uns an. Vgl. zu MAIHOFER's Ansicht oben S. 30 ff.

Sobald die Unterlassungssituation vorliegt, ist die Möglichkeit zur Beherrschung des Geschehens eröffnet. Sie wird in dem Augenblick zur Macht über das Geschehen, in dem der Pflichtige einzugreifen vermag. Und diese Macht dauert an. Mit fortschreitendem Zeitablauf aber nimmt sie ab und ist schließlich nach Verstreichen der letzten Eingriffsmöglichkeit ganz geschwunden. Dazwischen liegen Zeitpunkte mehr oder weniger aussichtsreicher Eingriffsmöglichkeiten.

II) Auswirkungen auf die Abgrenzungsmöglichkeit

1) Die Möglichkeiten zur Bestimmung von Stadien des Unterlassungsversuches sind bereits im 1. Kapitel dieser Arbeit dargestellt worden. Daraus sind als neuere Untersuchungen die Stellungnahmen MAIHOFER's und GRÜNWALD's hervorzuheben. Zwischenzeitlich sind keine wirklich neuen Lösungswege aufgezeigt worden. Vielmehr bejaht man, abgesehen von ARMIN KAUFMANN und WELZEL, allgemein die Möglichkeit unterscheidbarer Stadien bei der Unterlassung. Dabei hält man sich an die für das Begehungsdelikt entwickelten Regeln und wendet sie sinngemäß an. Die vertretenen Ansichten sind im wesentlichen Präzisierungen und Kombinationen der bereits bekannten Meinungen. Im einzelnen wird auf die Stellungnahmen von ANDROULAKIS [1], BAUMANN [2], LÖNNIES [3], MAURACH [4], und SCHRÖDER [5] verwiesen. Auf Besonderheiten wird in den folgenden Ausführungen eingegangen.

---

1) Unechte Unterlassungsdelikte, S. 106 ff

2) AT, S. 480

3) in NJW 1962, 1950 ff

4) AT, S. 427

5) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 10 ff vor § 43, § 46 Bem. 10 ff und JuS 1962, 86

2) Auch die hier nun näher darzustellende Ansicht ist entsprechend zu charakterisieren. Sie hat die Eigenheit, daß sie auf der Grundlage einer dem Handeln in weitem Maße gleichartigen "Ausführungshandlung" bei der Unterlassung aufbaut. Daraus ergeben sich verschiedene Vereinfachungen und zwar gerade auch im Zusammenhang mit der Betrachtung der Unterlassung in der "temporalen Ebene". Letztere geht vor allem auf die Untersuchung MAIHOFER's [1] zurück, dessen Abgrenzungskriterien wir hier ergänzen und von einer anderen Sicht aus mit Inhalt erfüllen wollen. Das Zeitmoment hat neuerdings ebenfalls ANDROULAKIS [2] hervorgehoben und auch SCHRÖDER [3] spricht von einer "längere Zeit dauernde Unterlassung" und "zeitlichen Phasen".

Für diese Autoren ist der Zeitcharakter der Unterlassung das Pendant zu der von ihnen vertretenen "Erwartungstheorie". Für uns ergibt er sich aus dem Eingespanntsein des Unterlassungsverhaltens in einen bestimmten und festgelegten Geschehensablauf. Die Handlungsmöglichkeiten des Pflichtigen innerhalb dieses Zeitraumes sind die Anknüpfungspunkte für die konkrete Mobilisierung des Gebotes. MAIHOFER entnimmt nun aus der Beziehung Gebot-Geschehen einen an den Handlungsmöglichkeiten des Pflichtigen ausgerichteten "sozialen Verhaltensplan". Dieser konkretisiere nach dem "Anfang der Gebotsgeltung" [4] die Pflicht zur Gebotserfüllung. Es stehe dem Pflichtigen der Zeitraum zwischen der "unverzüglichen" und der "rechtzeitigen Gebotserfüllung" zur Verfügung. Versage er sich innerhalb dieses Sta-

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 293 ff

2) in Unechte Unterlassungsdelikte, S. 106 ff

3) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 12, 14 vor § 43

4) hier hakt die Kritik GRÜNWALD's ein, der den Mangel der Lösung MAIHOFER's darin sieht, daß nicht gesagt wird, wann der "Anfang der Gebotsgeltung" gegeben ist; siehe GRÜNWALD in JZ 1959, 46 Anm. 5a

diums, so liege unbeendeter Versuch vor, der nach Überschreiten der Grenze der Rechtzeitigkeit in den beendeten umschlage. [1]

Wir dagegen stellen entsprechend unserem, dem Handeln parallelen Verständnis der Unterlassung, auf das positiv herbeiführende Unterlassungsverhalten ab. Dieses läßt sich am äußeren Geschehen, dem positiven Tun vergleichbar, ablesen. Und ganz parallel der Begehung unterscheiden wir dann verschiedene Stadien auf dem Wege zur vollendeten Rechtsverletzung.

Die so gewonnenen Einschnitte bezeichnen wir nach Kriterien, die sich speziell für die Unterlassung eignen. Im Hinblick auf das zeitlich begrenzt mögliche, wirksame Eingreifen des Pflichtigen sprechen wir demnach vom "Verstreichen der unverzüglichen Abwendungshandlung", "... der rechtzeitigen..." und "... der letztmöglichen...".

III) Die Bestimmung der Versuchsstadien

1) Das "Verstreichen der letztmöglichen Abwendungshandlung"

Wir beginnen mit diesem Einschnitt, weil er ganz offensichtlich eine Parallele beim Begehungsdelikt findet. Denn dort läuft im Anschluß an das aktive Tun in der Regel ein Stadium ab, das eigentlich eine Unterlassung darstellt, nämlich der beendete Versuch. Innerhalb dieses Stadiums nun bestimmt das Verstreichen der letzten Erfolgsabwendungsmöglichkeit eine gewisse Zäsur. Und entsprechend läßt sich daher auch für die Unterlassung sagen, daß nach "Verstreichen der letzten Abwendungsmöglichkeit" jene zweite Phase des beendeten Versuches vorliegt, in der nunmehr eine tätige Reue ausgeschlossen ist.

Die Ansicht [2], die mit diesem Zeitpunkt den beendeten

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 293 f, 297 f

2) so bes. MAIHOFER in GA 1958, 294, 298, der beendeten Versuch nach Ablauf der Rechtzeitigkeit bejaht, darunter aber den Zeitpunkt versteht, "an dem die Verhaltensadresse der Gebotsnorm gegenstandslos werden muß." Ausdrücklich auf die letztmögliche Erfolgsabwendung stellen auch KAUFMANN, Dogmatik, S. 215 und WELZEL, LB, S. 200 ab; bei Tauglichkeit der unterlassenen Abwendungshandlung nehmen sie aber nach Verstreichen dieses Zeitpunktes sofort Vollendung an, so daß nur der beendete, untaugliche, fehlgeschlagene Versuch bleibt.

Unterlassungsversuch überhaupt erst einsetzen läßt und bis dahin unbeendeten annimmt, leugnet also beim Unterlassungsdelikt das Stadium eines beendeten Unterlassungsversuches mit der Möglichkeit zu tätiger Reue.

2) Das "Verstreichen der unverzüglichen Abwendungshandlung"

a) Das "unverzüglich" muß sich an ein Ereignis anschließen, das selbst bestimmbar ist, denn sonst trifft uns derselbe Einwand, den GRÜNWALD bereits MAIHOFER entgegengehalten hat. [1] Dieser bezieht das "unverzüglich" auf den "Anfang der konkreten Gebotsgeltung". Wir übernehmen diesen Terminus und bemühen uns nun darum, diesen Grenzpunkt, als den Beginn des Unterlassungsversuches, näher zu bestimmen. Gerade hierfür erscheint uns die Parallelbetrachtung mit der Begehung von großem Nutzen.

aa) Die positive Betrachtung der Unterlassung erlaubt es, das ablaufende Geschehen so anzusehen, als ob es von einem Täter bewirkt worden wäre. Dabei ist die Parallelität besonders eng, wenn der Pflichtige das Handeln eines Dritten in seinen Dienst stellt. [2] Läßt sich nun sagen, daß das Geschehen -als Handlung gesehen- bereits einen Versuch [3] darstellen würde, dann kann auch das Unterlassen nicht mehr rechtmäßig sein. Und wird nun der Pflichtige mit einem derartigen Geschehen konfrontiert, dann ist das Gebot in diesem Moment kon-

---

1) siehe oben S.33 Anm. 2

2) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 11 vor § 43, wo SCHRÖDER meint, daß der Unterlassungsversuch insbesondere dann möglich sein müsse, wenn das pflichtwidrige Verhalten in der Nichthinderung fremder Straftaten bestehe.

3) Zur Abgrenzung Vorbereitungshandlung-Versuch und den verschiedenen Theorien dazu vgl. BAUMANN, AT, S. 491 ff; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 43 Bem. 7 ff; mit umfassender Darstellung SEIDL, Diss., S. 40 ff

kret mobilisiert. [1]
Durch die Aufstellung eines Versuchstatbestandes hat der Gesetzgeber nämlich deutlich gemacht, daß er die Gefährdung eines Rechtsgutes über einen gewissen Grad hinaus nicht mehr ungestraft hinnimmt und das gilt für Tun und Unterlassen gleichermaßen. Das Gesetz kennt keine den Unterlassenden besserstellende Bestimmung. Und für diese Gleichstellung hinsichtlich des Beginns der R e c h t s w i d r i g k e i t [2] spricht gerade bei den unechten UD auch der Umstand, daß sie denselben gesetzlichen Tatbestand erfüllen wie die Begehungsdelikte. Des weiteren wird ja nicht jeder Untätige schlechthin betroffen, sondern nur derjenige, der eine Garantenstellung innehat und dem eine Garantenpflicht obliegt, der also in einer "besonderen Nähe" zum gefährdeten Rechtsgut steht.

bb) Ganz im Sinne dieser Parallelbetrachtung grenzt SCHRÖDER [3] in einem Fall ab, in dem der Pflichtige das Tun eines Dritten in seinen Dienst stellt. Denn er schreibt: "Hat B eine strafbare Handlung begonnen, an deren Versuch ihn A pflichtwidrig nicht gehindert hat, so muß bis zur Vollendung der Tat durch B das Verhalten des A ebenfalls als Versuch angesehen werden ... ".

Von hier aus bietet auch der Bademeisterfall keine Schwierigkeiten. Denn hält man sich parallel vor Augen, daß der Nichtschwimmer von F ins Wasser gestoßen worden wäre, damit er ertrinke, dann ist die Rechtswidrigkeit sicher gegeben. Ein Begehungsversuch wäre es nämlich gewiß. Im Mutter-Kind-Fall bestätigt sich die Lösung der h.L.,

---

1) Für den Beginn des Versuches bleibt es hier ohne Bedeutung, daß z.B. über eine längere Zeit hin erfüllt werden kann, oder daß zu verschiedenen zeitlichen Phasen verschiedene Abwendungsmöglichkeiten bestehen; vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 12 ff vor § 43. Hier kommt es nur auf die Relation Geschehen-Erfolg an.

2) ob auch das gleiche Unrecht vorliegt, ist eine andere Frage, die hier aber dahingestellt bleiben kann.

3) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 11 vor § 43

wonach der Versuch mit dem Nichtverabreichen der ersten notwendigen Mahlzeit beginnen soll. [1] Andere lassen ihn dann einsetzen, wenn das Kind "wegen des Ausbleibens der Hilfe erheblich zu leiden beginnt" [2] oder gar erst, "wenn die letzte sichere Möglichkeit zur Abwendung des Erfolgseintrittes verpaßt ist." [3] Doch macht man die "Probe" mit dem gedachten Handeln, dann zeigt sich die Unhaltbarkeit der abweichenden Ansicht. Denkt man nämlich das Nichternähren positiv als Ersticken [4], als mangelhafte Ernährung [5] oder als Vergiften des Kindes mit zeitlich aufeinanderfolgenden Teildosen, dann kann kein Zweifel daran bestehen, daß schon der Beginn des Tuns Versuch wäre.

b) Wenn gefordert wird, daß der Pflichtige "unverzüglich" nach der Gebotsgeltung tätig werden muß, so soll damit zum einen folgender Besonderheit der Unterlassung Rechnung getragen werden. Zumeist wird der Pflichtige nämlich unvermittelt mit der tatbestandsmäßigen Situation konfrontiert. Diese muß er nun zunächst einmal erfassen und um sinnvoll tätig werden zu können, wird er vielfach noch die Gebotserfüllungshandlung bedenken müssen. Hier soll ihm also eine gewisse Frist zugebilligt werden, die aber keinesfalls immer zu gewähren ist. Sie ist im Sinne von "ohne schuldhaftes Zögern" zu begreifen. [6]
Zum anderen soll mit dem "unverzüglich" zum Ausdruck gebracht werden, daß dem Pflichtigen kein "spatium

---

1) u.a. BAUMANN, AT, S. 183, 222; Grundbegriffe, S. 61; MAIHOFER in GA 1958, 297/298; MAURACH, AT, S. 427; SCHRÖDER in JuS 62, 86

2) GRÜNWALD in JZ 1959, 49

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 218; ebenso WELZEL, LB, S. 200

4) so BAUMANN, AT, S. 480; Grundbegriffe, S. 61

5) so FRANK in VDA, AT, V. Bd., S. 210

6) vgl. die Legaldefinition in § 121 BGB

deliberandi" [1] eingeräumt wird. Die konkrete Gebotsgeltung verbietet ihm jedes "schuldhafte Zögern." Wie wir bereits oben [2] gesehen haben, kann es auch nicht erst auf die letztmögliche Erfolgsabwendung ankommen. Und es kann selbst dann nichts anderes gelten, wenn, wie SCHRÖDER [3] meint, die "Nichtvornahme der Handlung die Gefahr nicht erhöhen" würde. Als Beispiel diene der von ARMIN KAUFMANN [4] gebildete Fall, daß ein Streckenwärter bei lauer Sommernacht einen schlafenden Betrunkenen auf den Schienen liegen läßt und sicher weiß, daß der nächste Zug erst in einigen Stunden passieren wird. Hier verneint nun auch SCHRÖDER das Vorliegen eines Versuches und verlangt das Beiseitelegen des Betrunkenen erst im letzten Augenblick.

Daß hier der Pflichtige anders behandelt werden soll als der positive Täter, ist nicht einzusehen. Hätte nämlich der X bei derselben Kenntnis den betrunkenen Y auf die Schienen gelegt, um sich eines lästigen Konkurrenten zu entledigen, dann würde wohl niemand an einem Begehungsversuch zweifeln, obwohl die Gefahrenlage doch ganz dieselbe wäre. Unseres Erachtens darf es bei der Frage des Versuchsbeginns nur darauf ankommen, daß eine entsprechende Gefahr b e s t e h t , nicht jedoch darauf, ob sie sich sofort weiterverschlimmert. Unter Umständen erstreckt sich dann der unbeendete Versuch soweit, daß ein Stadium für den beendeten nicht mehr verbleibt. Zudem ist es auch zweifelhaft, ob die Erfolgsaussichten für eine Rettung wirklich die gleichen bleiben. [5]

---

1) vgl. oben S. 13

2) S. 60 ff

3) in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 10 vor § 43; einen Erfüllungszeitraum gewährt hier auch ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 107

4) in Dogmatik, S. 212

5) verschlechtern sich denn die Erfolgsaussichten nicht schon dadurch, daß der Pflichtige bei seinem Fortgehen selbst verunglücken kann, evtl. den Betrunkenen vergißt oder etwas völlig Unvorhergesehenes eintritt?

c) Bei der Parallelbetrachtung ist zu beachten, daß der Beginn des Unterlassungsversuches wohl meistens nicht mit dem Versuchsbeginn des vorgestellten Handelns zusammenfallen wird. Das liegt daran, daß der Pflichtige mit dem Geschehen in jedem beliebigen Stadium, sei es weniger, sei es weiter fortgeschritten, konfrontiert werden kann. Andererseits liegt aber auch nicht immer die Versuchsform bei der Unterlassung vor, die dem gedachten Handeln jeweils zukäme. Hier wird wohl danach unterschieden werden müssen, ob es sich um das Indienstnehmen des Tuns eines Dritten oder eines unabhängig von der Tätigkeit eines Menschen selbständig fortwirkenden physisch-kausalen Vorganges handelt. Jedenfalls kann, unabhängig davon, in welchem Stadium der Pflichtige in die Unterlassungssituation gerät, zunächst immer nur unbeendeter Versuch in Frage stehen. Im fortgeschrittenen Stadium des Geschehens wäre das Gebot stets mobilisiert. Würde dagegen schon kein paralleler Handlungsversuch vorliegen, dann könnte auch keine Garantenpflicht bestehen.
Daraus folgt, daß sich die Stadien des Unterlassungsversuches -mit Ausnahme des Stadiums nach Verstreichen der Möglichkeit zu tätiger Reue- nicht schlechthin durch eine unmittelbare Übertragung der Einschnitte des parallel vorstellbaren Begehungsversuches bestimmen lassen. Für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch entstehen Schwierigkeiten vornehmlich daraus, daß die beim Begehungsversuch an dem Ende des aktiven Tuns ausgerichtete Abgrenzung einmal in der Struktur des Unterlassungsverhaltens keine Entsprechung findet und zum anderen der Tatplan bei der Begehung eine ganz andere Rolle spielt.

3) Das "Verstreichen der rechtzeitigen Abwendungshandlung".

a) Auf die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Unterlassungsversuch soll nunmehr näher eingegangen werden. Die überwiegende Ansicht anerkennt ein Stadium des beendeten Unterlassungsversuches mit der Möglich-

keit zu tätiger Reue. [1] Für uns kommt es nun darauf an, nachzuweisen, daß und inwieweit unsere Parallelbetrachtung auch für diese Grenzziehung von Nutzen ist.

Bei dieser Abgrenzung geht es für Handeln und Unterlassen gleichermaßen darum, innerhalb eines, auf einen Erfolg gerichteten und in seinem weiteren Ablauf von dem Täter oder dem Pflichtigen, einmal ganz allgemein gesagt, abhängigen Geschehen, einen bestimmten Einschnitt festzulegen, der vor der Vollendung liegt. Im Hinblick auf diese Parallelität der Situation müßte die für die Begehung gültige Abgrenzung auch für die Unterlassung maßgeblich sein. Das sollte in besonderem Maße für die Fälle gelten, wo im Unterlassungsgeschehen selbst ein menschliches Handeln wirksam ist. Problematischer jedoch dürften die Unterlassungsfälle sein, in denen der Pflichtige Kausalvorgänge in seinen Dienst stellt, die entweder durch positives Tun angestoßen worden sind oder die schlechthin von der Natur ausgehen. Hier läßt sich nämlich ein menschliches Tun, an das die Grenzziehung anknüpfen könnte, im äußeren Erscheinungsbild der Unterlassung, nicht wirklich nachweisen. Im Fall naturkausalen Geschehens wäre es allenfalls parallel vorstellbar, doch auch dann nicht mehr, wenn sich das Geschehen bereits in einem Stadium befindet, in dem der Täter alles Erforderliche bewirkt hätte. Und hätte ein Dritter oder

---

1) einige Abgrenzungen seien erwähnt; ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 106 ff lehnt sich zwar an MAIHOFER an, doch ermöglicht seine Abgrenzung nach der Gefahr auch das Stadium des beendeten Versuches. Es sei mit dem Umschlagen der "typischen" Gefahr in die "konkrete" gegeben (S. 109); GRÜNWALD in JZ 1959, 48 f unterscheidet zwischen letzter Eingriffsmöglichkeit und Verstreichen der größten Erfolgschance (diese geht ja zeitlich voran); für SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER § 46 Bem. 12 beginnt der beendete Versuch dann, wenn nach der Vorstellung des Pflichtigen die Nachholung der speziellen Handlung oder bei mehreren gleichzeitigen bzw. zeitlich verschiedenen Handlungsmöglichkeiten die Nachholung der aussichtsreichsten erfolglos wäre. Also bleibt immer noch die Möglichkeit zu tätiger Reue. SCHRÖDER macht hier den Risikogedanken fruchtbar. LÖNNIES in NJW 1962, 1951 f bemüht sich speziell um den Nachweis des Stadiums der tätigen Reue. Er läßt den beendeten Versuch dann beginnen, wenn "mehr zu tun", ein "erheblich gesteigerter Einsatz" notwendig ist.

der Pflichtige selbst, im Falle des vorangegangenen Tuns, das Geschehen schon endgültig in Gang gesetzt, dann wäre das aktive Tun ja abgeschlossen. Damit hätte ein solches bereits wirklich vorgelegen und es ließe sich in der hier beabsichtigten Weise ein gedachtes Tun mit der anschließenden Unterlassung nicht mehr in Parallele setzen.

Man wird also unterscheiden müssen. Dabei ist auch zu beachten, daß die Abgrenzung unbeendeter-beendeter Versuch selbst bei den Begehungsdelikten nicht immer nach dem Ende des aktiven Tuns bestimmt wird. [1] Insoweit könnte der Problemlösung beim Begehungsversuch ganz unmittelbare Bedeutung für die Grenzziehung bei der Unterlassung zukommen. [2]

b) Diese Überlegungen sollen nun an Beispielen konkretisiert werden.

aa) Auf dem Heimweg aus der Gastwirtschaft sieht A, wie sein Bruder B und der mit diesem heftig verfeindete C, abseits der Straße miteinander kämpfen. A erkennt, daß es um Leben oder Tod für B geht. Doch auch A kann B schon lange nicht mehr ausstehen und so wäre ihm dessen Tod am liebsten. Er greift deshalb nicht ein, sondern schaut zu. Schließlich zieht C ein Messer, sticht damit auf B ein und läßt ihn verblutend liegen.
Oder bilden wir folgenden Fall: Der T will das Anwesen des E abbrennen. Um nicht so leicht entdeckt zu werden, hat er eine längere Zündschnur gelegt. Er ist gerade dabei diese anzuzünden, als der E sich nähert. Dieser durchschaut das Treiben des T sofort und kehrt wieder um, denn er plante bereits einen Neubau.
Die Parallelbetrachtung bereitet hier keine Schwierigkeiten, da als Unterlassungsgeschehen selbst ein aktives Tun wirksam ist. Nimmt es der Pflichtige in seinen Dienst, dann kann für ihn nichts anderes gelten, als wenn er selbst gehandelt hätte. Das ergibt sich als

---

1) das zeigt SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER § 46, Bem. 11

2) vgl. z.B. RGSt 57, 280. Dort hat eine Schwangere die abtreibende Wirkung eines eingeführten Katheders erst von dessen längerem B e l a s s e n in der Gebärmutter erwartet. Obwohl das eigentlich aktive Tun mit der Einführung beendet war, will das RG so lange unbeendeten Versuch annehmen, bis das Mittel hinreichend lang gewirkt hat.

Konsequenz der hier vertretenen Gleichbehandlung. Danach wäre im ersten Fall für A der Versuch in dem Augenblick beendet, in dem C den letzten Stich vollführt hat. Und im zweiten Fall wäre dieser Einschnitt gegeben, sobald die Zündschnur entflammt ist.
Die Grenzziehung im ersten Fall scheint ohne weiteres zutreffend. Im zweiten Fall hingegen möchte man zweifeln, ob hier der Beginn des beendeten Versuches nicht hinausgeschoben werden sollte, z.B. bis zum vollständigen Abbrennen der Zündschnur. Doch um dies zu rechtfertigen, müßten besondere Gründe gerade für die Unterlassung dargetan werden. Denn kann man durch Unterlassen herbeiführen, dann ist nicht einzusehen, warum die hierdurch geschaffene Situation nach anderen Maßstäben gemessen werden sollte, wie beim Handeln. Das Gesetz jedenfalls gibt dafür keinen Anhalt. Übrigens könnte man diese Frage nach dem Ende des Versuches mit gleichem Recht auch beim Handeln stellen. Bestimmt man aber bei der Begehung, von der obengenannten [1] Abweichung abgesehen, die Grenze nach dem Ende des Tuns, dann hat dies bei der Unterlassung doch genauso zu geschehen, jedenfalls dann, wenn der Pflichtige das aktive Tun eines Dritten in seinen Dienst stellt. [2] [3]

bb) Man denke sich weiter folgende Fälle. (1) Der E kommt in dem genannten Beispiel erst hinzu, nachdem die Zündschnur bereits zu einem Teil abgebrannt ist. Oder der Bademeister B bemerkt im Schwimmerbecken einen hilflosen Nichtschwimmer, der von F dort hineingestoßen worden war, damit er ertrinke. B sieht tatenlos zu. (2) Die uneheliche Mutter kehrt nachts nach Hause und stellt Gasgeruch fest. Sie hört ihr Kind schreien. Aber da ihr dieses nur eine Last bedeutet, kommt ihr die sich anbahnende "Lösung" sehr gelegen, woraufhin sie nochmals weggeht. (3) Ein Nachtwächter sieht bei seinem Rundgang durch die Büroräume, daß es aus einem Papierkorb

---

1) siehe S. 148 mit Anm. 2

2) Es drängt sich hier der Vergleich zur Mittäterschaft, noch besser: zur mittelbaren Täterschaft auf.

3) siehe dazu auch unten 4)

ein wenig raucht. Als er nachschaut, entdeckt er eine glimmende Zigarettenkippe, die begünstigt von einem leichten, durch das nicht ordnungsgemäß verschlossene Fenster wehenden Lüftchen, eine Zeitung immer stärker ankohlt. Nach seiner Vorstellung wird es zum Brand des Gebäudes kommen, und so etwas möchte er einmal erleben.

Alle diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß das konkrete Unterlassungsgeschehen in seinem Ablauf nicht aktiv von einem Menschen gestaltet wird. Allein im ersten Fall ist ein Tun vorausgegangen. Und auch die beiden anderen Fälle sind voneinander verschieden. Fragt man nach dem parallel vorstellbaren Tun, so könnte man sich in Fall (2) denken, daß die Mutter den Gashahnen aufgedreht hat. Und der letztere Fall erlaubt z.B. die Parallelvorstellung: Der Nachtwächter hat die Zigarettenkippe selbst achtlos weggeworfen. Dann kommt ihm der Gedanke mit dem Brand und er bläst nun gegen die Kippe, damit sie die Zeitung entzünde.

Aus den so gezogenen Parallelen ergeben sich folgende Stadien eines gedachten Begehungsversuches: Fall (1): beendeter Versuch, da es auf ein Handeln nicht mehr ankommt. Fall (2): unbeendeter Versuch solange, bis das Gift hinreichend lang gewirkt hat. Fall (3): Umschlag des unbeendeten in den beendeten Versuch, wenn der Täter solange geblasen hat, daß die Zeitung nunmehr brennt.

Kann nun diese Abgrenzung auch für die jeweiligen Unterlassungen gelten? Dies läßt sich im Fall (2) unbedenklich bejahen. Dort wird nämlich auch bei der parallelen Begehungstat nicht rein nach dem Ende des positiven Tuns abgegrenzt. Die Grenzbestimmung danach, ob das "schädliche Mittel hinreichend lang gewirkt hat", [1] läßt sich bei der Unterlassung ganz genau so

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 46, Bem. 11. SCHRÖDER macht diese Parallelität ganz deutlich, wenn er schreibt: "Solange also die gleiche Situation, durch positives Handeln herbeigeführt (Aufdrehen des Gashahns), deswegen unbeendigter Versuch sein würde, weil der Versuch erst dann beendigt ist, wenn das schädliche Mittel hinreichend lang gewirkt hat, solange stellt auch die Nichterfüllung der Pflicht einen unbeendigten Versuch dar.

treffen, besonders dann, wenn man sie, wie die überwiegende Ansicht, kausal betrachtet. Und auch im Fall (3) ergibt die parallele Abgrenzung ein sachrichtiges Ergebnis bei der Unterlassung. Läßt sich nämlich die Unterlassung so weitgehend durch ein gedachtes positives Tun "materialisieren", daß auch das Tun, wäre wirklich gehandelt worden, beendet wäre, dann gilt jene Grenzziehung auch für das Unterlassen. Nicht jedoch befriedigt das Ergebnis in der Fallgruppe (1). Eine Schwierigkeit für die dargelegte Abgrenzungsmethode erwächst nämlich daraus, daß man hier, wie oben erwähnt, ein Tun nicht in Parallele zu diesem Unterlassen denken kann. Da vielmehr das aktive Tun bereits abgeschlossen ist, müßte eigentlich beendeter Unterlassungsversuch vorliegen. Aber dieser kann doch nicht schon schlechthin in dem Augenblick gegeben sein, in dem der Pflichtige mit einem, im Anschluß an ein menschliches Tun ablaufenden Geschehen, konfrontiert wird. So würde sich z.B. der, aus einem vorangegangenen Tun Pflichtige, sofort in der Situation des beendeten Unterlassungsversuches befinden. Dasselbe gilt, wenn bei einem naturkausalen Geschehen das parallel vorstellbare Tun zum Zeitpunkt des Eintritts des Pflichtigen bereits beendet wäre.

cc) Von der dargelegten Grenzziehung muß in solchen Fällen abgewichen werden. Doch bleibt die hier praktizierte Methode insofern bedeutsam, als nach dem Verstreichen des "unverzüglich" jedenfalls das Vorliegen eines Versuches an sich nicht fraglich sein kann. [1] Problematisch ist die Abgrenzung zum beendeten Versuch. Diese läßt sich mangels Parallelität zwischen Tun und Unterlassen zwar nicht unmittelbar, aber doch sinngemäß entsprechend der beim Begehungsversuch bestimmen. Dort nämlich dauert der unbeendete Versuch so lange, als der Täter glaubt, er habe noch nicht alles zur Vollendung Erforderliche getan oder anders formuliert, er könne durch das bloße Abstehen von der weiteren Tatausführung den Erfolgseintritt vermeiden. Entsprechend ließe sich für das Unterlassungsdelikt unter Berücksichtigung der

---

[1] dazu oben S. 142 f

Eingriffsmöglichkeit sagen: unbeendeter Unterlassungsversuch liegt so lange vor, als der Pflichtige glaubt, er könne den Erfolgseintritt durch Tätigwerden noch s i c h e r abwenden. Nur die sichere Abwendungsmöglichkeit nämlich entspricht der Situation bei der Begehung, denn bevor der Täter noch nicht alles nach seiner Meinung zur Vollendung Erforderliche getan hat, bleibt für ihn der Eintritt des Deliktserfolges ausgeschlossen. Dieser Zeitpunkt der letzten sicheren Abwendungsmöglichkeit ist daher der entscheidende Einschnitt zwischen unbeendetem und beendetem Unterlassungsversuch.

Das stimmt auch mit den Kriterien von SCHRÖDER, GRÜNWALD und ANDROULAKIS überein, denn jetzt "vergrößert sich das Risiko", [1] jetzt "verstreicht die größte Erfolgschance," [2] und jetzt wird "die Gefahr konkret". [3] Abzulehnen ist dagegen der Abgrenzungsvorschlag von LÖWNIES. Er geht zwar auch davon aus, daß für das Abstehen vom unbeendeten Begehungsversuch bloße Untätigkeit genügt, während beim beendeten eine positive Abwendungshandlung erforderlich ist. Aber mit dem "mehr tun" [4] erfaßt er diesen Unterschied nicht richtig. Das "mehr" ist außerdem inhaltlich zu unbestimmt. Und schließlich kann es doch sehr wohl sein, daß die aussichtsreichste Rettungshandlung sehr viel mehr Einsatz erfordert als eine spätere, weniger wirksame.

Die sichere Abwendungsmöglichkeit besteht solange, bis das Risiko wahrscheinlich wird. Danach wäre in den Fällen (1) beendeter Unterlassungsversuch mit dem Augenblick gegeben, in dem die Zündschnur abgebrannt bzw. der Nichtschwimmer untergetaucht ist.

c) Diese "sichere Abwendungsmöglichkeit" haben wir als Kriterium für solche Fälle bestimmt, in denen ein der Unterlassung parallel denkbares Tun fehlte. Doch dieses Kriterium gilt gleichfalls auch für die Unterlassungen,

---

1) SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 46 Bem. 12

2) GRÜNWALD in JZ 1959, 48

3) ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 109

4) LÖWNIES in NJW 1962, 1951

bei denen ein paralleles Tun vorliegt oder vorstellbar ist. Es läßt sich dort sogar besonders gut praktizieren. Denn kann man, wie im Abschnitt b) unter aa) und den Fällen (2) und (3) unter bb) gezeigt worden ist, das Ende des Unterlassungsversuches in Parallelität zum Handeln bestimmen, dann wird damit auch das "sicher" festgelegt. Eine Abwendungsmöglichkeit ist nämlich solange "sicher", als das Tun noch nicht beendet ist bzw. wäre. Damit führt die hier vertretene Parallelbetrachtung zu einer inhaltlichen Konkretisierung des "sicher". Und solange eine Abwendungshandlung sicheren Erfolg verspricht, ist sie auch rechtzeitig.

d) Diese Grenzziehung nach dem Kriterium des "Verstreichens der rechtzeitigen Abwendungsmöglichkeit" erfolgt ebenso, wie die Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Begehungsversuch, nach subjektiven Gesichtspunkten.[1] Maßgeblich ist die Vorstellung des Pflichtigen, die sich aber je nach der Art des Unterlassens verschieden ausrichtet. Nimmt der Pflichtige nämlich ein naturkausales Geschehen in seinen Dienst, dann ist entscheidend, ob er nach seinem Vorstellungsbild als potentieller Täter alles Erforderliche getan hätte. Dasselbe gilt für den Fall der Indienststellung eines Menschen, wobei sich hier die Vorstellung des Pflichtigen auf jenes Handeln unmittelbar so beziehen läßt, als wäre es sein eigenes. Bei einem Unterlassen im Anschluß an ein parallel vorstellbares oder wirkliches menschliches Tun kommt es darauf an, wann der Pflichtige die letzte sichere Abwendungshandlung für verstrichen hält. Eine Ausnahme aber ist wohl für die Fälle zu bejahen, in denen sich der Pflichtige eines vorsätzlichen menschlichen Handelns bedient. Dabei geht es nicht um die subjektive Abgrenzung

---

1) so die ganz h.L. beim Begehungsversuch; vgl. etwa BAUMANN, AT, S. 486; MAURACH, AT, S. 441; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 46 Bem. 6; WELZEL, LB, S. 189; aus der Rspr.: BGH in GA 1956, 89; BGHSt 14, 75; Nachweise abweichender Ansichten bei BAUMANN, a.a.O.

als solche, sondern darum, ob hier nicht die Vorstellung des Täters relevant sein muß. Kennt oder durchschaut der Pflichtige nämlich dessen deliktisches Vorhaben und stellt er es in seinen Dienst, dann hat dieses Handeln nun auch für den Pflichtigen einen gewissen Sinngehalt, den er nicht einfach außer acht lassen kann. Da es an jeder aktiven Einwirkung seinerseits fehlt -er hat den Täter auch nicht, wie bei der mittelbaren Täterschaft, zum Tun veranlaßt- kann die Vorstellung des Pflichtigen neben der des Täters keine selbständige Bedeutung beanspruchen. [1] Er vermag den Täter nur mit und nach dessen Gesamtplan einzuschalten, was dazu führt, daß er sich diesem gleichsam "unterwirft". Das gilt natürlich nur, soweit beide denselben Erfolg wollen. Richtet sich der Vorsatz des Pflichtigen dagegen außerdem auf ein anderes Ziel, so entscheidet diesbezüglich seine Vorstellung.

4) Zum Schluß dieser Ausführungen zur Abgrenzung der Stadien des Unterlassungsversuches sei noch auf folgendes besonders hingewiesen. Betrachtet man nämlich einmal unsere Ergebnisse im obigen Fall der Brandstiftung mittels einer Zündschnur, dann zeigt sich, daß je nachdem, ob der Pflichtige das Tun eines Dritten in seinen Dienst stellt oder erst im Anschluß an ein solches Tun unter-

---

1) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 46 Bem. 14, der für die Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Begehungsversuch bei mittelbarer Täterschaft unter (unbewußter) Einschaltung eines dolosen Werkzeugs dessen Vorstellung maßgeblich sein läßt. Wir übertragen diese Ansicht entsprechend auf die Fälle des Unterlassungsversuches, in denen der Pflichtige den dolus des Täters k e n n t. Eine Übertragung auch auf die Fälle der Nichtkenntnis des Pflichtigen erfolgt dagegen nicht. Im Anschluß an BAUMANN, AT, S. 538 und in JuS 1963, 92 f meinen wir nämlich, daß es bei der mittelbaren Täterschaft und insoweit auch hier "keine Rolle spielen kann, ob der Tatmittler tauglich oder untauglich, zur Tatausführung gewillt oder nicht gewillt ist."

läßt, der beendete Versuch zu verschiedenen Zeitpunkten vorliegt. Im ersteren Fall soll er bereits dann gegeben sein, wenn die Zündschnur angebrannt worden ist (oben b) aa) ), im letzteren dagegen erst mit deren Abbrennen (oben b) bb) Fall (1) ). Und gleiches gilt natürlich auch in den Fällen rein naturkausalen Geschehens je nachdem, ob der Pflichtige mit dem Geschehen zu einem Zeitpunkt konfrontiert wird, in dem ein paralleles Handeln noch vorstellbar ist oder nicht.

Dies mag zunächst willkürlich erscheinen und man fragt sich, ob der Unterlassungsversuch nicht überhaupt erst zu diesem späteren Zeitpunkt enden sollte, also auch bei der ersten Alternative des obigen Brandstiftungsfalles erst mit Abbrennen der Zündschnur. Doch ein Blick auf die Abgrenzung des Versuches beim aktiven Täter T unseres Beispieles zeigt, daß die Annahme des beendeten Begehungsversuches -im Augenblick des selbständigen Brennens der Zündschnur- keineswegs selbstverständlich ist. Denn ein Begehungstäter stellt immer auch die Naturkausalität in seinen Dienst, und so könnte man hier gleichfalls bedenken, ob das Ende des Begehungsversuches nicht hinausgeschoben werden sollte. Wird aber beim Begehungsversuch die Grenzziehung nach dem Ende des aktiven Tuns dennoch für richtig gehalten, so ist dafür nicht dieses Ereignis in seiner formellen Bedeutung maßgebend, sondern die durch das Tun geschaffene materielle Situation. Diese nun ist nach der hier erfolgten parallelen Abgrenzung beim Unterlassungsversuch ebenfalls nachzuweisen. Es kann ihr dann aber nicht je nachdem, ob es sich um ein Begehungs- oder Unterlassungsdelikt handelt, verschiedene Bedeutung zukommen. Deshalb legt sie auch bei der Unterlassung die Grenze zum beendeten Versuch fest.

Diese Grenzziehung versagt natürlich in solchen Unterlassungsfällen, wo ein paralleles Tun nicht mehr denkbar ist. Hier handelt es sich um eine ganz andere

Beziehung des Unterlassenden zum Geschehen. Sie unterscheidet sich von derjenigen der vorgenannten Unterlassungsdelikte gerade dadurch, daß dem Pflichtigen die Entwicklung des Geschehens, das dort Gegenstand des unbeendeten Versuches war, hier bisher nicht zuzurechnen ist. Und da der Pflichtige erst jetzt ins Geschehen tritt, kann nicht schon beendeter Unterlassungsversuch gegeben sein. Dieses Versuchsstadium liegt vielmehr erst mit dem Zeitpunkt vor, in dem nunmehr die, aus dem Sachverhalt zu erschließende, letzte sichere Abwendungsmöglichkeit verstrichen ist.

§ 13

Der Versuch der echten Unterlassungsdelikte

Bisher haben wir das Hauptgewicht unserer Erörterungen auf den Versuch der unechten UD gelegt. Dieser spielt in der Praxis zweifellos auch die größere Rolle. Doch es darf die Frage nach dem Versuch der echten Unterlassungsdelikte mit dieser Erwägung nicht unterdrückt werden. Denn auch wenn der Versuch hier zumeist nicht unter Strafe gestellt ist, so schließt er doch jedenfalls solange, als er tatbestandlich vorliegt, die Vollendung aus. Aber auch die Frage nach dem Beginn des Versuches ist nicht ohne Bedeutung, z.B. dann, wenn man gewisse echte UD als Unternehmensdelikte [1] auffasst.

I) Echte Unterlassung und Erfolg

1) Für uns stellt sich zunächst einmal die Frage, ob die für den Versuch des unechten UD gewonnenen Erkenntnisse nicht auch hier verwertbar sind. Wäre man mit ARMIN KAUFMANN und ihm folgend WELZEL der Ansicht, daß zwischen echten und unechten UD weder "ontologisch" noch "dogmatisch" Unterschiede bestünden, dann ließe sich unsere Frage anscheinend bejahen. Doch ARMIN KAUFMANN [2] gelangt zu dieser Gleichbehandlung von einem, unseren bisherigen Erörterungen geradezu entgegengesetzten Standpunkt aus, denn er löst das unechte UD aus seiner Verbindung mit dem Begehungsdelikt vollständig. "Gegenstand des Verbotes

---

1) z.B. SCHRÖDER rechnet dazu den § 330 c in SCHÖNKE-SCHRÖDER § 330 c, Bem. 2. ARMIN KAUFMANN spricht hier in Dogmatik, S. 230 von einem "Versuchstatbestand". Doch da es nur auf die letztmögliche Erfüllungshandlung ankommen soll, tauchen für ihn Abgrenzungsprobleme gar nicht auf.

2) in Dogmatik, S. 239 ff, 256 ff, 274 f

kann (nämlich) nur eine Handlung, nicht aber eine Unterlassung" sein und so reiht er es aus "normlogischen" Gründen ganz in "die Kategorie der Unterlassungsdelikte" ein, in der nunmehr ein Unterlassungsdelikt so echt wie das andere sein soll. Bei unserem, an der Begehungsdogmatik positiv orientierten Verständnis der unechten UD kann daher ARMIN KAUFMANN's Erkenntnis über deren Verhältnis zu den echten UD unmittelbar nichts besagen. Bedeutsam für uns jedoch ist es, wenn ARMIN KAUFMANN im Rahmen seiner Erörterungen feststellt, daß "es unter den echten Unterlassungsdelikten solche gibt, denen ein Gebot zur Herbeiführung oder zur Abwendung eines Erfolges zugrunde liegt." [1]

2) Wäre das nämlich richtig, dann bestünde über die Erfolgsbezogenheit eine unmittelbare Verwandtschaft mit den unechten UD. Unser daran ausgerichtetes Verständnis und die gewonnenen Kriterien des Unterlassungsversuches wären damit unmittelbar auf den Versuch des echten UD übertragbar. Doch bevor wir dies weiterverfolgen, soll die behauptete Erfolgsbeziehung bei den echten UD ein wenig näher beleuchtet werden.

Es zeigt sich, daß diese nicht bei allen echten UD dieselbe ist. In Anlehnung an ANDROULAKIS [2] lassen sich vielmehr drei Arten unterscheiden. Es kann nämlich sein, daß das Unterlassungsdelikt einen tatbestandsmäßigen Erfolg fordert, z.B. § 347 StGB. Es gibt aber auch Fälle, wie die §§ 138, 330 c StGB, in denen zwar die gebotene Handlung auf die Erfolgsabwendung abzielt, der Erfolgseintritt aber selbst nicht zur tatbestandlichen Vollendung nötig ist. Und schließlich unterscheiden wir Unterlassungsdelikte, in denen eine Handlung unabhängig von einem sich entwickelnden Geschehen oder der Gefahr eines Erfolgseintrittes geboten ist, z.B. § 360 Abs. 1 Zif. 8 StGB.

---

1) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 206 ff (210), 275

2) in Unechte Unterlassungsdelikte, S. 147 f

3) Nur in den ersten beiden Fällen besteht eine Erfolgsbeziehung, die der bei den unechten UD entspricht. Das gilt namentlich auch für die zweite Fallgruppe, denn bei den unechten UD gibt es ebenfalls Tatbestände, wo ein über das Unterlassen hinausgehender Erfolg nicht gefordert wird, beispielsweise im Fall der Begünstigung nach § 257 StGB. [1] Es ist jedoch strittig, ob die denjenigen echten UD zugrundeliegende Pflicht, bei denen ein Erfolgseintritt nicht gefordert wird, nur eine solche zu schlichter Tätigkeit ist oder ob sie auch die Erfolgsabwendung bezweckt i.d.S., daß diese nicht nur "Motiv" bleibt, sondern "Eingang in die Gestaltung des Gebotsgegenstandes" selbst findet. [2] Erstere Ansicht teilen z.B. Eb. SCHMIDT [3] und MAURACH [4]. Dagegen haben sich überzeugend bereits H. MAYER [5] und im Anschluß daran ARMIN KAUFMANN sowie neuerdings ANDROULAKIS [6] und MEYER-BAHLBURG [7] gewendet. Denn "jede Pflicht zum Tätigwerden zielt zugleich auch auf den Erfolg ab", [5] sie kann "sinnvollerweise keinen anderen Inhalt haben". [2] Die Annahme eines Erfolgsabwendungsgebotes bedeutet nun aber nicht, daß der Pflichtige auch bei diesen echten UD "konsequenterweise das Risiko der Erfolgsvereitelung" tragen müßte. [8] Das verlangt nämlich der Gesetzgeber selbst nicht, weil er den Pflichtigen in den betreffenden Tatbeständen der

---

1) vgl. R. SCHMITT in JZ 1959, 432

2) dazu näher ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 206 ff (208) mit Nachweisen zur Literatur.

3) in Nd., Bd. 12, S. 88

4) AT, S. 491 f

5) Strafrecht, S. 119

6) in Unechte Unterlassungsdelikte, S. 142 f

7) in Diss., S. 1 ff (11)

8) wie MAURACH, AT, S. 492 meint

echten UD insoweit nicht unter Strafe stellt. [1] In dem hier interessierenden Zusammenhang ist für uns jedenfalls die Erkenntnis wichtig, daß auch in diesen Fällen der echten UD eine unmittelbare Wechselbeziehung zwischen der jeweils konkret gebotenen Handlung und dem äußeren Geschehen besteht. [2]

II) Differenzierende Behandlung nach den einzelnen Arten der echten UD

1) Echte UD mit tatbestandsmäßigem Erfolg

a) Hier ist zunächst einmal darauf einzugehen, ob es solche UD als echte überhaupt geben kann. Handelt es sich denn nicht in Wahrheit um unechte UD ? Diese Frage entscheidet sich je nachdem, nach welchen Kriterien man die Echtheit bzw. Unechtheit der UD bestimmt. Würde man z.B. der Ansicht [3] folgen, die das Kriterium im Erfolg sieht, dann handelte es sich um unechte UD. Gleiches gilt nach jener Ansicht, die maßgeblich sein läßt, ob der Pflichtige eine reine Tätigkeit oder die Erfolgsabwendung schuldet. Die wohl h.L. [4] unterscheidet danach, ob nur gegen eine Gebotsnorm (echte UD) oder außerdem auch gegen eine Verbotsnorm (unechte UD) verstoßen wird. Nach ihr sind Erfolgsdelikte dann echte UD, wenn sie keine Verbotsnorm verletzen. Andere [5] wiederum differenzieren nach der Verwendung in einem gesetzlichen Tat-

---

1) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 109, 114 f und WELZEL, LB, S. 197 entgehen diesem Einwand, indem sie beim UD zur Erfüllung die Vornahme einer "Handlung mit Gebotserfüllungstendenz" genügen lassen.

2) näher zu dieser Beziehung unten II 2 a

3) zu den einzelnen Ansichten näher MEYER-BAHLBURG, Diss., S. 1 ff

4) so bes. BAUMANN, AT, S. 179 f, 220; MAURACH, AT, S. 492 f

5) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 275 ff (277); SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 79 vor § 1; WELZEL, LB, S. 195 f

bestand und betrachten alle ausdrücklich normierten Unterlassungen als echte.

b) Diese Abgrenzungsfrage können wir jedoch dahingestellt sein lassen, denn auch wenn es echte UD wären, so wären es doch Erfolgsdelikte. Es sind dies die §§ 121, 143, 170 c, 170 d, 221, 223 b, 315, 347 Abs. 1, 354, 355 Abs. 1, 357 StGB, § 41 WehrStG. [1] Bei ihnen läßt sich die Unterlassung auch durch einen Begriff aktiven Verhaltens erfassen. [2] Hier gilt daher ganz dasselbe, was wir über den Versuch der unechten UD ausgeführt haben.

2) Echte UD, bei denen der Erfolg nicht zum Tatbestand gehört. Insbesondere die §§ 138, 330c StGB. [3]

a) Dennoch haben wir oben unter I 2 auch für diese UD eine Erfolgsbeziehung bejaht. Sie unterscheidet sich aber vor derjenigen der unechten UD, denn der Untätige in § 138 StGB wird z.B. nicht wegen der Ausführung einer räuberischen Erpressung bestraft, sondern weil er nicht angezeigt hat. Und in § 330 c StGB wird dem Pflichtigen nicht eine Herbeiführung des Todes angelastet, sondern sein Untätigbleiben. Eine Parallelität des Unterlassens mit einem gedachten Handeln kommt daher bei diesen echten UD nicht in Frage.

Dagegen wirkt sich die Erfolgsbezogenheit auf die gebotene Handlung aus. Sie bestimmt diese inhaltlich und in ihrer zeitlichen Vornahmemöglichkeit. Denn die Handlung ist "letztlich nicht um ihrer selbst willen, sondern um des Erfolges willen geboten, den sie so-

---

1) Diese Aufzählung ist im einzelnen nicht unbestritten; vgl. dazu MAURACH, AT, S. 493; R. SCHMITT in JZ 1959, 432. Noch weitere Beispiele nennt ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 146

2) MEYER-BAHLBURG, Diss., S. 12

3) Das sind aus dieser Gruppe die praktisch bedeutsamsten echten UD. Über weitere Fälle siehe ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 146; MEYER-BAHLBURG, Diss., S. 8 ff

zialtypisch abzuwenden geeignet ist." [1] Verlangt wird nicht "irgendeine abstrakt-nützliche Tätigkeit", diese ist vielmehr "bezogen auf eine Gefahrenlage und damit auf die Abwendung der drohenden Gefahr" selbst. [2]
Der Unterschied liegt nun darin, daß hier der Pflichtige nicht "herbeiführt", sondern nur in einer gewissen, durch ein bevorstehendes Ereignis oder ein gegenwärtiges Geschehen bestimmten und davon abhängigen Art und Weise nicht tätig wird. Das beeinträchtigt aber grundsätzlich nicht die Versuchsmöglichkeit, wirkt sich jedoch auf die Bestimmung der Stadien aus.

b) Solange nämlich das Ereignis bevorsteht oder das Geschehen abläuft, solange werden auch zu verschiedenen Zeitpunkten Handlungsmöglichkeiten bestehen, die sich untereinander mit fortschreitender Zeit und fortschreitendem Geschehen in ihren Erfolgsaussichten unterscheiden. Darin ist zum einen die Dauerhaftigkeit des Verhaltens auch bei diesen echten UD begründet und zum anderen lassen sich die Grenzpunkte des Unterlassungsversuches, die wir bei den unechten UD als "unverzügliche", "rechtzeitige" und "letztmögliche" Gebotserfüllung kennengelernt haben, unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsabwendung grundsätzlich ebenfalls feststellen.
Dabei bestehen keine Schwierigkeiten für unsere Bestimmung der Zeitpunkte des "rechtzeitig", i.S. der letzten sicheren Abwendungshandlung und des "letztmöglich". Problematischer hingegen ist das "unverzüglich", da sich bei diesen echten UD, mangels einer Kausal- und Parallelbetrachtung mit einem entsprechenden Tun, das "Ereignis", an das sich das "unverzüglich" anschließt, nicht entsprechend wie beim unechten UD

---

1) MAIHOFER in GA 1958, 296, Anm. 29. Die Erfolgsbezogenheit findet deutlich in § 139 StGB bzw. im Merkmal des "erforderlich" in § 330 c Ausdruck

2) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 208 und näher dazu STORSBERG, Nothilfepflicht, S. 65 ff

bestimmen läßt. Nach ANDROULAKIS [1] sollen die "konkrete Gefahr" und die "typische Gefahr ('bedingt' zukünftige konkrete Gefahr)" zum unverzüglichen Handeln auffordern. Damit verwendet er ein Kriterium, das sich gerade bei der Unterlassung besonders eignet, denn das Gefahrenmoment und die Gefahrenlage sind, wie vor allem SAUER [2] hervorgehoben hat, mit dem Unterlassungsproblem aufs engste verknüpft. Mangels positiver Erfolgsbeziehung dieser Unterlassungen kann die Gefährlichkeit der Unterlassung selbst "als verursachende" nicht in Frage stehen. Die besondere Beziehung in diesen Fällen liegt darin, daß der "außerhalb" des Geschehens bleibende Pflichtige aus Anlaß des Geschehens zu einer sozialnützlichen und zur Abwendung der Folgen geeigneten Handlung angehalten wird. Es ist also die Gefährlichkeit der Situation, die in ihrem Wandel die Art und Weise der vorzunehmenden Handlung bedingt. Die gewisse Gefahrensituation, die das Gebot mobilisiert, hat nun der Gesetzgeber bei der Normierung dieser echten UD selbst genau umschrieben. Daran knüpft das "unverzüglich" an. So spricht § 138 StGB davon, daß der Pflichtige "von dem Vorhaben oder der Ausführung eines Hochverrates ... zu einer Zeit, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, glaubhaft erfährt ..." . Gleiches gilt für § 330 c StGB, der "Unglücksfälle, gemeine Gefahr oder Not" voraussetzt.

c) Damit ist grundsätzlich dargelegt worden, daß die Unterlassung dauert und wie sich Stadien unterscheiden und bestimmen lassen. Dabei ergibt sich aus unseren Ausführungen ein Einwand insbesondere gegen die Ansicht [3], wonach bei den echten UD ein beendeter

---

1) Unechte Unterlassungsdelikte, S. 108

2) in GS 114, 291 und Allg. Strafrechtslehre, S. 93 ff. Nach ihm kann das "Unterlassungsproblem" überhaupt nur bei einer gewissen Gefahrenlage entstehen.

3) siehe bes. MAIHOFER in GA 1958, 295 und MAURACH, AT, S. 427

Versuch deshalb ausgeschlossen sein soll, weil es hier grundsätzlich allein auf die Untätigkeit als solche und nicht auf den Erfolgseintritt ankomme. Könne es also keinen "erfolglosen Versuch" geben, dann sei im Augenblick der Beendigung des Versuches zugleich auch das echte UD selbst vollendet. [1]

Doch was insoweit für das schlichte Tätigkeitsdelikt gilt, trifft nicht gleichermaßen auf diese echten UD zu. Das hat seine Besonderheit in dem Ausgerichtetsein der gebotenen Handlung auf die Erfolgsabwendung. Wer z.B. einen Meineid einschließlich der Beteuerungsformel geleistet hat, hat damit § 154 StGB vollendet. Er hat alles getan. Der Pflichtige dagegen kann, z.B. im Fall des § 330 c StGB, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, wonach der beendete Versuch mit Verstreichen der rechtzeitigen, d.h. der letzten sicheren Abwendungsmöglichkeit beginnt, aber noch weiterhin Hilfe leisten und zwar bis zum Zeitpunkt der letzten Möglichkeit. [2] Er kann also noch weiterhin untätig bleiben. Bei der "erfolglosen" Unterlassung braucht daher nicht schon mit dem Ende des (unbeendeten) Versuches gleichzeitig auch die Vollendung gegeben sein. Erst nach Verstreichen der letzten Abwendungsmöglichkeit schlechthin entspricht die Situation der des reinen Tätigkeitsdeliktes. Da es auf den tatsächlichen Erfolgseintritt nicht ankommt, liegt nun zugleich Vollendung vor.

d) Wenn nun aber dennoch bei den §§ 138, 330 c StGB über-

---

1) unbestritten gibt es natürlich einen beendeten i r r i g e n Versuch. So z.B., wenn irrig angenommen wird, es liege ein anzeigepflichtiges Verbrechen vor. Um diese Fälle geht es uns nicht. Wir wollen vielmehr Versuchsmöglichkeiten außer den Irrtumsfällen aufzeigen.

2) MAIHOFER in GA 1958, 294 grenzt zwar auch nach dem Zeitpunkt des "rechtzeitig" ab, aber er versteht ihn als den Zeitpunkt, "an dem die Verhaltensadresse der Gebotsnorm gegenstandslos werden muß."

wiegend [1] weder unbeendeter noch beendeter Versuch für möglich gehalten wird, dann liegt das an den Voraussetzungen und der Struktur dieser Tatbestände und deren Interpretation. Ohne das alles näher zu berücksichtigen, ließe sich nämlich sagen: Der Gesetzgeber gebietet bei Vorliegen einer gewissen Situation ein Anzeigen oder Hilfeleisten. Hält er dies für nötig, dann ist seinem Gebot auch "unverzüglich" zu entsprechen. Von da an befindet sich der Pflichtige im Stadium des unbeendeten Versuches bis zum Zeitpunkt der Rechtzeitigkeit. Daran anschließend nun dauert der beendete Versuch bis zum Verstreichen der allerletzten Abwendungsmöglichkeit. Und mit diesem Zeitpunkt fällt die Vollendung zusammen, da es auf den Erfolgseintritt nicht ankommt.

aa) Wäre also bei § 138 StGB an sich ein beendeter Versuch möglich, so kann es ihn doch deshalb nicht geben, weil § 138 StGB bereits im Zeitpunkt des "rechtzeitig" ausdrücklich die Vollendung eintreten läßt. Dieses "rechtzeitig" ist auch in dem von uns verstandenen Sinne zu begreifen und nicht wie MAIHOFER [2] meint, als der Zeitpunkt, an "dem die Verhaltensadresse der Gebotsnorm gegenstandslos werden muß." Denn das wäre unser "letztmöglich" und es ist schlechterdings nicht einzusehen, daß der Gesetzgeber erst mit diesem späten Zeitpunkt die Strafbarkeit habe eintreten lassen wollen. Damit aber liegt Vollendung bereits in einem Stadium vor, das eigentlich noch Versuch wäre. Für uns stellt sich demnach § 138 StGB als Unternehmensdelikt dar.

---

[1] für die Bejahung des (allerdings straflosen) unbeendeten Versuches bei beiden Tatbeständen ist nur MAIHOFER in GA 1959, 294 ff. MAURACH, AT, S. 427 hält bei § 138 StGB "ausnahmsweise" einen "nicht beendigten Versuch" für denkbar im Fall einer "in der Absicht gänzlicher Unterlassung hinausgezögerter, aber dann doch noch rechtzeitig nachgeholter Warnung des Bedrohten."

[2] in GA 1958, 294

Vor diesem "rechtzeitig" liegt ein Stadium des unbeendeten, wenn auch straflosen Versuches nicht. Das Gebot besteht zwar, aber es kann durch die Untätigkeit in der Zeit vom "unverzüglich" bis zum "rechtzeitig" nicht verletzt werden. Daran ändert auch MAURACH's [1] Ansicht nichts, denn das Zögern (zu handeln) ist ebensowenig notwendig ein tatbestandsmäßiges Unterlassen, wie das bloße Zögern (zu unterlassen) ein Anfang der tatbestandsmäßigen Handlung ist. [2] Indem der Gesetzgeber nämlich selbst erst die rechtzeitige Erfüllung verlangt, gibt er dem Pflichtigen auch das "Recht" [2], erst zu diesem Augenblick zu handeln. Es dreht sich dabei unseres Erachtens nicht nur um eine straflose Nichterfüllung des Gebotes, vielmehr ist dem Pflichtigen hier ein sogenanntes "spatium deliberandi" [3] eingeräumt, [4] was die Möglichkeit eines Versuches ausschließt.

Hier hat der Pflichtige einen echten Erfüllungsspielraum, während dem die Vornahme der gebotenen Handlung ganz in sein Belieben gestellt ist. Die Inanspruchnahme des Menschen durch Gebote ist nämlich ohnehin schon problematisch [5] und sie wird es besonders dann, wenn die Rechtsordnung nicht nur, wie bei den unechten UD, gewisse Gruppen von Pflichtigen mit dem Gebot belegt, sondern schlechthin jeden Menschen. Es ist daher sachgerecht, die Handlungsfreiheit nicht über das notwendige Maß hinaus zu beschneiden. Diese echten UD rechtfertigen nun ein weniger strenges Dirigieren, denn der

---

1) in AT, S. 427

2) so BAUMANN, AT, S. 481

3) schon ROHDE hat dies für die echten UD angenommen; dazu unten S. 13

4) nach NAGLER, LK, Bd. I, S. 34 soll die echte Unterlassung bis zum Ablauf des rechtzeitig "in der Schwebe" bleiben; ARMIN KAUFMANN in Dogmatik, S. 215 ist sogar der Ansicht, daß sich die Rechtsordnung bei allen UD mit der letztmöglichen Gebotserfüllung begnüge.

5) vgl. dazu PEPERONI, Diss., S. 153 ff

Pflichtige haftet ja nicht selbst für das Geschehen und den Erfolgseintritt, sondern er soll zur Abwendung beitragen. Für diese Auslegung ist es ein entscheidendes Indiz, daß die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit nahezu bei allen diesen echten UD fehlt.

bb) Ganz entsprechendes gilt für § 330 c StGB. Hier wird der Versuch gleichfalls ganz überwiegend [1] verneint. Obwohl in diesem Tatbestand die ausdrückliche Angabe eines Zeitpunktes fehlt, hält man doch das "rechtzeitig" für vom Gesetzgeber gewollt. [2] Wenn es dann aber bei SCHRÖDER und BGHSt 14, 213 heißt, daß die Hilfe "sofort" und "ohne Zögern" zu erfolgen habe, so ist das kein Widerspruch. § 330 c StGB ist nämlich auf Schadensabwehr ausgerichtet und eine Gesundheitsbeschädigung wird sich wirksam meist nur rechtzeitig i.S. von sofort behandeln lassen. Hier zeigt sich übrigens auch die engere Verwandtschaft zu den unechten UD. Es trifft hier zu, wenn ARMIN KAUFMANN [3] sagt: "das Zeitintervall für das helfende Eingreifen (wird) seltener bedeutsam werden, weil sich, mag das Leben auch erst für einen späteren Zeitpunkt unmittelbar bedroht sein, doch jedenfalls der Gesundheitszustand meist ohne sofortiges Eingreifen verschlechtern wird."

3) Echte UD, bei denen nur eine Tätigkeit geboten ist, die in keinerlei Beziehung zu einem gefährlichen Ge-

---

1) bes. BAUMANN, AT, S. 480; MAURACH, BT, S. 415; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 330 c, Bem. 30; BGHSt 14, 213; 21, 55; a.A. MAIHOFER in GA 1958, 295 f

2) BAUMANN, AT, S. 480 spricht von "implicite bestimmtem Zeitpunkt" und SCHRÖDER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 330 c, Bem. 24 erachtet es als "ungeschriebenes, aber aus der Forderung nach wirksamer Hilfeleistung sich notwendig ergebendes Tatbestandsmerkmal."

3) in Dogmatik, S. 212

schehen steht.
Hierunter fallen z.B. folgende Fälle: X soll am 7.8. um 16 $\underline{00}$ als Zeuge aussagen oder er hat vom 1. - 15. September seine Steuern zu bezahlen.
In diesen Fällen nun genügt noch die letztmögliche Erfüllung. Denn hier soll nicht einer bevorstehenden oder gegenwärtigen Gefährdung eines Rechtsgutes entgegengewirkt werden. Es kommt vielmehr lediglich darauf an, daß der Erfolg überhaupt herbeigeführt wird. Daher läßt sich eine strafrechtlich relevante Nichterfüllung erst mit Verstreichen der letzten Möglichkeit zur Vornahme einer Erfüllungshandlung schlechthin, also auch einer risikobehafteten, feststellen. Dann aber ist gleichzeitig Vollendung gegeben. Bei diesen echten UD ist deshalb nur ein beendeter irriger Versuch denkbar. [1]

---

1) vgl. ANDROULAKIS, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 108

# L e b e n s l a u f

Am 28. Mai 1939 wurde ich als Sohn des damaligen Gutsinspektors Rudolf Kubach und seiner Ehefrau Elfriede, geb. Winziers, in Breslau/Schlesien geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach 4 Jahren Volksschule in Langenbeutingen Kreis Öhringen besuchte ich ein Jahr die Oberrealschule in Öhringen und danach ab September 1950 acht Jahre das Mörike-Gymnasium in Ludwigsburg. An dieser Schule bestand ich am 5. März 1958 die Reifeprüfung.

Ab Sommersemester 1958 studierte ich in Tübingen 8 Semester Rechtswissenschaft. Am 21. Mai 1963 legte ich die Erste juristische Staatsprüfung ab. Danach absolvierte ich meinen Vorbereitungsdienst im Land Baden-Württemberg. In der Zeit von November 1964 bis Juni 1967 war ich gleichzeitig als Wissenschaftliche Hilfskraft in der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität Tübingen tätig. Am 25. Juni 1968 bestand ich die Zweite juristische Staatsprüfung in Stuttgart.

BAMBERGER FOTODRUCK · RUDOLF RODENBUSCH
8600 BAMBERG · Markusplatz 22 · Telefon: 0951/26794